

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CONDITION JURIDIQUE

DE LA

FEMME SÉPARÉE DE CORPS

THÈSE POUR LE DOCTORAT (Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Paris

Le Jeudi 15 Mars 1923, à 2 heures du soir.

PAR

PAUL FRONVILLE

Président : M. BARTIN, professeur.
Suffragants : { M. HUGUENEY, professeur.
 { M. MOREL, chargé de cours.

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
LÉON TENIN, Directeur
22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

1923



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA CONDITION JURIDIQUE

DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.

DE LA CONDITION JURIDIQUE

DE LA

FEMME SÉPARÉE DE CORPS

THÈSE POUR LE DOCTORAT (Sciences juridiques)

Sou tenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Paris

Le Jeudi 15 Mars 1923, à 2 heures du soir.

PAR

PAUL FRONVILLE

Président : M. BARTIN, *professeur.*
Suffragants : { M. HUGUENEY, *professeur.*
 { M. MOREL, *chargé de cours.*

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
LÉON TENIN, *Directeur*

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

1923



DE LA CONDITION JURIDIQUE

DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS

INTRODUCTION

La loi du 6 février 1893, dont l'article 3 (modifiant l'article 311 du Code civil) a rendu à la femme séparée de corps « le plein exercice de sa capacité civile », est un exemple de cette fausse clarté dont se contentent les législateurs, et qui laisse dans l'obscurité la plus complète ceux qui sont chargés d'appliquer les lois aux espèces concrètes de la vie réelle. Restituer à la femme sa capacité civile, cela semble très simple et très clair, et pourtant, dès qu'un débat surgit sur certains points, de telles difficultés se présentent que l'on est amené à rechercher sous le texte l'intention du législateur et sous l'intention du législateur l'accord de cette loi particulière avec l'ensemble du code. Ces difficultés proviennent, comme nous le verrons, d'une insuffisance de rédaction, de la légèreté des débats parlementaires, du manque de logique propre aux assemblées délibérantes, qui n'arrivent

jamais à vouloir quelque chose de précis, parce qu'elles veulent souvent qu'une même chose soit et ne soit pas, et enfin de la pénurie de décisions judiciaires sur les points contestés.

On ne saurait pourtant alléguer une décision précipitée, puisque la réforme de 1893 remonte à la proposition que déposèrent au Sénat le 12 juin 1884 MM. Allou, Batbie, Denormandie et Jules Simon (1), et que, renvoyée au Conseil d'Etat le 1^{er} juillet 1885 où elle fut l'objet d'un remarquable rapport de M. Flourens (2), elle ne fut votée qu'après d'assez longues délibérations et sur les rapports très documentés de MM. Arnault (3) et Jullien (4) à la Chambre des Députés, et de M. Demôle (5) au Sénat. De la lecture de ces débats et de ces documents on garde l'impression que la discussion ne s'est pas poursuivie dans un milieu suffisamment juridique ni suffisamment impartial ; sénateurs et députés se trouvaient partagés en deux camps, celui des partisans et celui des adversaires du divorce, et il semble qu'ils aient apporté jusque dans la réforme de la séparation de corps le souci de prolonger une querelle qui leur tenait à cœur. Le plus curieux est que cette réforme ait trouvé des partisans des deux

(1) *J. off.*, 1884, Annexes, p. 259 et 567.

(2) *Ibid.*, 1886, Annexes, p. 377.

(3) *Ibid.*, 1887, Annexes, p. 438.

(4) *Ibid.*, 1890, Annexes, p. 1261.

(5) *Ibid.*, 1892, Annexes, p. 504.

côtés mais pour des motifs différents, ce qui est pour nous une raison nouvelle de suspecter la valeur logique de cet accord majoritaire.

Les législateurs ont bien vu que la condition juridique de la femme séparée de corps ne pouvait rester ce qu'elle était sous le régime du Code civil, et l'on peut dire que leur éloquence s'est dépensée dans l'exposition des raisons de faire quelque chose de nouveau ; ces raisons étaient : *a*) l'humiliation ressentie par la femme par l'obligation de demander à son mari l'autorisation d'aliéner ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, de s'obliger pour une cause étrangère à la pure administration des biens, d'ester en justice, de changer de nationalité, de contracter un engagement théâtral, etc. ; *b*) le dommage pécuniaire qui pouvait résulter pour elle des retards apportés à la conclusion d'actes urgents ; *c*) le chantage du mari qui, dans la plupart des cas, tarifait son autorisation ou mettait un malin plaisir à la refuser ; *d*) les lenteurs et les frais de l'autorisation judiciaire ; *e*) le grand principe révolutionnaire de l'égalité juridique de l'homme et de la femme devant la loi. Il convenait donc de faire quelque chose, puisque ne rien faire équivalait à mettre la femme séparée de corps dans une situation tellement pénible que neuf fois sur dix, elle préférerait le divorce, briserait définitivement une union et détruirait les chances de réconciliation. Les partisans du divorce, quel-

que peu effrayés par la progression des divorces (1), voulurent atténuer ce résultat et, puisque la séparation de corps était légalement admise conjointement avec le divorce, la rendre « habitable », selon l'expression de l'un d'eux.

L'incertitude provenait surtout de l'impossibilité où l'on se trouvait de répondre à cette question : « Quel est le fondement juridique de l'autorité maritale ? » Rejetant comme contraires aux principes essentiels des législations modernes, toute idée de *manus* ou de *fragilitas sexus*, ou d'infériorité civile de la femme, et cela malgré tout ce qui, dans le code et dans la tradition porte la trace de cette infériorité (2), la plupart des orateurs se rallièrent à cette idée que l'autorité maritale découlait de la société d'intérêts constituée par

(1) 1885.....	4277	divorces	ou	57	pour	100.000.
1886.....	2950	»	»	40	»	100.000.
1887.....	3636	»	»	40	»	100.000.
1888.....	4708	»	»	60	»	100.000.
1889.....	4786	»	»	60	»	100.000.
1890.....	5457	»	»	73	»	100.000.
1891.....	5752	»	»	77	»	100.000.

(2) Cf. C. civ. 13

Art. 148 (Le consentement du père suffit).

Art. 213 (La femme doit obéissance au mari).

Art. 2, 15, 217 (Incapacité générale d'ester en justice et de contracter).

Art. 223, 1538 par. 2 (Interdiction au mari de renoncer à la puissance maritale).

Art. 224 (Interdiction au mari mineur d'autoriser sa femme).

l'union de l'homme et de la femme et du mandat tacite conféré par la femme au mari, et cette idée nouvelle a été propagée par le rapport de M. Flourens : « La raison d'être, disait-il, de l'autorisation maritale réside exclusivement, — et sur ce point il n'y a point de contestation, — dans la nécessité d'assurer l'unité de direction dans cette société de deux personnes, qui se forme par le mariage et qui s'appelle l'association conjugale, unité indispensable à la paix et à l'honneur du ménage, comme à la bonne gestion des intérêts matrimoniaux. Il y a là une nécessité qui légitime la subordination de la femme au mari, sa privation momentanée du libre exercice de ses droits civils... La vérité est que l'incapacité civile de la femme n'a et ne peut avoir qu'une seule justification : l'avantage de concentrer entre les mains du mari la direction de la fortune entière de l'association conjugale, soit qu'elle appartienne au mari, soit qu'elle appartienne à la femme, soit qu'elle soit le patrimoine de la commu-

Art. 381 (La mère ne peut faire détenir un enfant que par voie de réquisition).

Art. 391 (Le père peut nommer à la mère tutrice un conseil spécial).

Art. 399 (La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne peut leur choisir un tuteur).

Cf., ancien art. 37 (Abrogé L. 7 décembre 1897). (La femme ne peut être témoin dans les actes de l'état civil).

nauté ou de la société d'acquêts (1). » La même argumentation se retrouvera dans les discours de MM. Pâris et Falcimaigne, et dès le vote de la loi, c'est bien ainsi que l'expliquèrent la plupart des commentateurs : « De nos jours, écrit M. Thiénot, l'autorité maritale découle uniquement de ce principe que toute association, même de deux personnes seulement, doit avoir un chef, ou, plus exactement peut-être, un associé gérant responsable (2). » L'idée de mandat tacite se trouve dans le discours de M. Léon Renault : « Considérez, dit-il, le texte de notre code civil, regardez aux admirables travaux préparatoires d'où ce texte s'est dégagé. Vous trouverez cette idée dans notre droit moderne que, par le fait du mariage, il se crée entre l'homme et la femme un rapprochement, une fusion physique, morale, intellectuelle, complète ; qu'il s'établit entre eux une véritable association, un centre de délibérations où la volonté élaborée en commun doit se réaliser par un mandat unique (3). »

Cependant on ne voit pas comment une telle conception eût pu aboutir à la libération de la femme séparée de corps puisqu'il reste entendu que malgré la séparation le mariage subsiste et que les époux se trou-

(1) *J. off.*, Sénat, 1886, Annexes, p. 380.

(2) L. THIÉNOT : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 372.

(3) *J. off.*, Sénat, 18 janvier 1887, p. 28.

vent placés sous le régime de la séparation de biens, lequel comporte encore l'autorisation maritale pour les actes de disposition. Pour sortir de cette impasse, il fallut se rabattre sur cette autre idée, fort peu juridique à notre sens, que l'autorité maritale repose non plus sur le mariage, valable tant qu'il n'est pas dissous, mais sur l'union de fait des époux, sur leur cohabitation et leur bonne entente (1). Nous la trouvons exprimée dans le rapport de M. Arnault : « Le Sénat, dit-il, a rattaché ainsi l'autorisation maritale, non plus à cet ensemble qui s'appelle le mariage, mais à la vie conjugale en ménage ; et, le ménage rompu par la séparation, de même que le régime matrimonial du contrat de mariage disparaît pour faire place à la séparation de biens, de même l'autorité maritale peut être remplacée par la liberté de la femme (2). » Et pour mieux marquer le nouveau principe, M. Arnault en souligne l'importance et la nouveauté dans le recueil de l'Académie de législation de Toulouse : « La discussion au Sénat, écrit-il, montre que le nouveau principe, ce principe que l'autorité maritale sera désormais attachée à la vie commune, ou ménage, et

(1) L'opinion contraire a été timidement émise par M. Roget Marvaise à la séance du 20 janvier 1887 : « La puissance maritale naît de la célébration du mariage faite devant l'officier de l'état civil. »

(2) *J. off.*, Chambre, 1887, Annexes, p. 440.

non plus au mariage, que l'incapacité de la femme cessera par la séparation de corps, a de la peine à se faire admettre, même par des hommes très éclairés (1). Déjà M. Pâris, au Sénat, avait demandé : « Pourquoi maintiendrait-on un chef à la tête d'une société dissoute ? (2) et M. Cabouat dans une étude critique du projet de loi s'exprimait de même : « ... dérivant de la communauté d'intérêt qui l'explique, liée à la communauté de vie qui la tempère, liée enfin non plus à cet ensemble qui s'appelle le mariage, mais à la vie conjugale en ménage, l'incapacité ne pourrait sans danger être isolée de cette condition d'existence et de cette garantie maîtresse (3). » Ainsi apparaît l'illogisme de cette conception hybride qui consiste à penser d'abord que la puissance maritale découle du mariage, et ensuite que, le mariage subsistant, elle peut être supprimée parce que l'union se trouve en fait dissoute par la séparation. Si le mariage ne produit plus d'effets, pourquoi dire qu'il subsiste ? si la cohabitation crée la société et donne naissance au privilège de l'associé mâle, pourquoi ce résultat ne se produirait-il pas dans le concubinage ? Il nous semble que l'on a voulu voir dans la soumission de la femme au mari

(1) *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. 41, p. 359.

(2) *J. off.*, Sénat, 18 janvier 1887, p. 25.

(3) CABOUAT : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, p. 703 et sq.

une subordination contractuelle toujours révocable plutôt qu'une subordination légale, et que l'on s'est efforcé de faire produire à la séparation de corps les effets du divorce, tout en maintenant le principe de la persistance d'un mariage théorique sans portée.

*
**

Nous sommes ainsi amené à nous poser la question suivante : « Jusqu'à quel point la loi du 6 février 1893 a-t-elle assimilé la séparation de corps au divorce ? » Sans doute le lien conjugal est maintenu ; il n'est que relâché et sur ce point nous pouvons constater l'accord de la doctrine et de la jurisprudence. Cependant une évolution s'est produite ; le relâchement s'est accentué et il n'est pas douteux que cette « pleine capacité civile » accordée à la femme, suivie de la faculté de transformer la séparation en divorce sur simple demande de l'un ou l'autre époux (Loi du 6 juin 1908), ne signifie que le législateur considère la séparation de corps comme une première étape du divorce, au cours de laquelle les époux jouiront de la libre disposition de leur personne et de leurs biens, dans la mesure compatible avec le maintien de ce lien théorique ; ce ne sera pas encore la liberté absolue puisque le devoir de fidélité subsiste ainsi que celui de secours (Art. 212) et nous avons précisément à rechercher pour la solution des principales difficultés que

nous proposons d'étudier, quel moment de l'évolution le législateur de 1893 a entendu marquer, ce qu'il a maintenu du passé, ce qu'il a laissé glisser d'indépendance ; en d'autres termes nous devons nous demander si cette expression « plein exercice de sa capacité civile » veut dire que la femme séparée de corps jouira en toute hypothèse des mêmes pouvoirs que la fille majeure, la veuve ou la femme divorcée. Naturellement nous ne pouvons espérer trouver une réponse nette dans les débats parlementaires puisque le pour et le contre y ont été soutenus et que le texte voté reste équivoque : « Messieurs, disait M. Régismanset un peu avant la clôture de la discussion, un point sur lequel on ne s'est peut-être pas suffisamment expliqué, c'est celui de savoir en quoi consistera surtout cette capacité nouvelle qu'il s'agit de donner à la femme (1). » Rien de plus juste que ces paroles ; ce que nous pouvons cependant mettre en évidence, c'est que les réformateurs ont fait preuve d'une hardiesse novatrice qui dépassait peut-être leurs intentions profondes, et qui dépasse certainement l'interprétation courante de la doctrine et de la jurisprudence. « Je demande, disait M. Pâris au Sénat, que vous donniez à cette liberté sa consécration véritable en déclarant que la femme lorsqu'elle aura été séparée de corps et de biens, reprendra au point de vue de l'administration

(1) Sénat, 17 janvier 1893, p. 39.

de ses biens,, la même situation qu'elle avait lorsqu'elle était fille, qu'elle aurait si elle était divorcée (1). » Plus tard, dans les séances finales, M. Chovet pourra conclure ainsi : « Oui, ont-ils dit (Chambre et Conseil d'Etat), la femme séparée de corps, quelles que soient les conditions dans lesquelles la séparation de corps aura été prononcée, sera absolument assimilée à la femme divorcée, à la femme veuve, à la fille majeure (2). » Ce ne sont pas là propos isolés, car la lecture du rapport de M. Flourens qui fut d'un si grand poids, laisse bien l'impression que le conseil d'Etat entendait accorder à la femme séparée de corps le maximum d'indépendance compatible avec la persistance du lien conjugal, c'est-à-dire une capacité très voisine de celle de la femme divorcée.

Cependant, et ceci est capital, sans doute parce qu'il était impossible d'en décider autrement, le mariage fut maintenu, et avec celui-ci une incapacité relative pour la femme de disposer de sa personne et de ses biens à la manière d'une femme divorcée : « Le but de la loi nouvelle, écrira M. Thiénot, a donc été de desserrer quelque peu les liens du mariage en faveur de ceux qui, tout en les trouvant pénibles, ne demandent pas à les rompre complètement et surtout ne se croient pas

(1) Sénat, séance du 20 janvier 1887.

(2) Sénat, séance du 16 janvier 1893.

permis de se dégager du lien de fidélité (1). » Ainsi nous voyons la capacité de la femme séparée que l'on aurait voulue pleine et entière se restreindre par la force des choses, par la force de cet autre principe que la capacité de disposer des biens est en étroit rapport avec celle de disposer de la personne, puisque les biens, comme on l'a judicieusement fait observer (2), sont la continuation de la personne et que, si la liberté d'avoir un domicile séparé serait illusoire sans la faculté de disposer de son patrimoine, le maintien d'autre part de l'association conjugale ne saurait comporter une capacité sans restrictions. Voilà comment les proclamations un peu tapageuses des orateurs, les volontés même de donner à la femme séparée une entière capacité se ramènent par la seule définition d'un état qui n'est pas le divorce, à un simple affranchissement de l'autorisation maritale dans les cas où celle-ci était exigée par le Code civil ; cela a été formellement exprimé par M. Léon Renault : « Il ne s'agit, dit-il, que d'autoriser la femme séparée à faire seule, en vertu de sa capacité, les actes pour lesquels elle est obligée aujourd'hui de demander l'autorisation de son

(1) L. THIÉNOT : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 372.

(2) Rapport de M. ARNAULT, Chambre, 1887, Annexes, p. 440 : « Est-ce que la propriété, les biens, ne sont pas comme le prolongement de nous-mêmes, comme notre reflet dans les choses ? »

mari (1). » Ces paroles n'ayant soulevé aucune objection, nous croyons pouvoir en conclure qu'elles traduisaient assez fidèlement la pensée du législateur, d'autant plus qu'elles seront en substance reproduites dans le rapport de M. Arnault : « Restent en vigueur entre époux séparés toutes les dispositions de la loi qui ne sont pas relatives à la capacité. Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner la survivance de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal avec toutes ses conséquences (Art. 1561) nous pouvons ajouter les dispositions sur le droit de succéder, sur les donations, la vente, la prescription entre époux (2). » Il n'y a donc pas rupture complète quant aux biens puisque le mariage entraîne des obligations d'ordre pécuniaire qui ne sont point abrogées ; l'autorisation maritale seule cesse d'être nécessaire, pour des raisons d'utilité pratique et sans que l'on nous en ait fourni une justification théorique satisfaisante, sans que nous puissions dire si la puissance maritale est supprimée ou si l'exercice en est seulement suspendu. D'où il résulte que la condition juridique de la femme séparée de corps ne sera pas exactement ce que l'expression « le plein exercice de sa capacité civile » de l'article 311 pourrait laisser croire ; ces mots ne sont que le commencement d'une phrase dont la fin (... « sans qu'elle

(1) Sénat, 20 janvier 1887, p. 35.

(2) *J. off.*, Annexes, 1887, p. 440.

ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice ») est essentielle, car ce n'est que sous ce rapport que joue pleinement sa nouvelle capacité civile. A tous autres égards elle reste femme mariée et comme telle soumise à certaines obligations déterminées.

*
**

En résumé nous croyons pouvoir extraire des débats parlementaires qui ont précédé la loi de 1893 les principes suivants sur lesquels nous appuierons pour résoudre les difficultés soulevées par la séparation de corps :

1° L'expression « plein exercice de sa capacité civile » ne veut pas dire ce qu'elle a l'air de dire ;

2° Le lien matrimonial est maintenu, ce qui entraîne le maintien de toutes les dispositions que la nouvelle loi n'a pas implicitement abrogées ;

3° La nouvelle capacité concédée à la femme séparée a pour unique but de l'affranchir de l'autorisation maritale considérée désormais comme inutile et vexatoire ;

4° La libre disposition de son patrimoine accordée à la femme séparée est une conséquence de la liberté accordée à la personne.

LA CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS

D'une façon générale la capacité de la femme séparée de corps a été considérablement augmentée par la loi du 6 février 1893, et si l'incertitude subsiste pour un certain nombre de cas que nous nous proposons d'étudier particulièrement, on peut dire que dans la majorité des autres cas, au sujet desquels aucune contestation n'existe, la femme a conquis une indépendance absolue tant pour l'exercice des droits relatifs à la personne que pour ceux qui sont relatifs aux biens. Nous en ferons un exposé succinct, nous contentant d'insister seulement sur les cas controversés.

CHAPITRE PREMIER

De la rétroactivité du jugement de séparation de corps et du point de départ de la capacité de la femme séparée.

Nous rencontrons d'abord une difficulté préliminaire, celle de savoir si le jugement de séparation de corps rétroagira au jour de la demande ; bien que la question soit depuis longtemps réglée en jurisprudence, elle reste néanmoins discutable à cause du silence de la loi. Le seul texte sur la matière est l'article 1445 par. 2 ainsi conçu : « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande » mais ce texte inséré au milieu d'autres qui ne visent que la séparation de biens principale est-il applicable à la séparation de biens accessoire de l'article 311 ? On répond généralement par l'affirmative, mais l'on ne saurait oublier que des auteurs d'une grande autorité se prononcent en sens contraire ; c'est ainsi que MM. Demolombe (1), Demante,

(1) *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, p. 610 et sq.

Colmet de Santerre (1), Iluc (2) et Garsonnet (3) ont présenté une série d'arguments tendant à prouver que l'article 1445 par. 2 ne peut s'appliquer qu'à la séparation de biens principale ; ils ont fait valoir que cet article constituait une disposition exceptionnelle qui ne devait point être étendue, que les jugements attributifs de droits ne rétroagissaient point, que la séparation de biens accessoire ne résulte pas d'un jugement, qu'il n'y a pas de raison de dissoudre la communauté avant la cessation légale de la vie commune, que le Code de procédure ordonnant de publier le jugement, non la demande, entend opérer au jour du jugement la séparation de biens accessoire, que le même code de procédure organise une publicité sommaire de la demande en séparation de biens principale (art. 866 et suiv.), que d'autres dispositions analogues du code civil notamment l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire (art. 502) n'ont d'effet que du jour du jugement, que l'article 243 du Code civil annulant toute aliénation faite en fraude des droits de la femme suppose la continuation de la communauté, qu'il serait injuste que l'effet rétroactif atteignît le mari lors-

(1) *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., t. VI, n^o 94 bis, III.

(2) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX, n^o 272.

(3) *Traité théorique et pratique de procédure*, t. III, p. 612, par. 1161.

que la demande est formée par lui, que la rétroactivité devait avoir lieu envers tous ou envers personne (M. Demolombe) et des décisions ont été rendues en ce sens (1).

Nous devons reconnaître la valeur de ces raisonnements, et cependant ils représentent une interprétation doctrinale déjà ancienne, aujourd'hui abandonnée et dédaignée de la jurisprudence courante. Verrons-nous dans celle-ci une nouvelle manifestation de l'activité réformatrice du pouvoir judiciaire, une volonté prétorienne de corriger la loi pour le mieux, et ne peut-on découvrir quelque raison juridique susceptible de fonder en droit cette façon de juger ?

A notre avis on peut faire valoir deux arguments, l'un d'une portée générale concernant la rétroactivité des jugements ; l'autre restreint à la nature des deux séparations de biens et susceptible de fixer la condition juridique de la femme séparée de corps.

La distinction classique entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs ne s'impose pas à l'esprit ; elle n'a que l'autorité d'une règle commode et simple permettant de résoudre vite certaines difficultés, mais nous ne lui reconnaissons aucun caractère de nécessité logique ou juridique. Que les jugements déclaratifs rétroagissent au jour de la demande, rien de plus naturel, mais que les jugements constitutifs

(1) Liège, 10 août 1854, D. 55, 2, 248.

produisent effet entre les parties du jour du jugement, c'est ce dont nous ne voyons pas la nécessité supérieure ; on peut soutenir, en effet, que le demandeur qui obtient gain de cause ne doit pas souffrir des lenteurs de la justice, que son droit mérite de lui être reconnu du jour où il l'a réclamé en justice par une assignation, et en ce qui concerne la femme on ne saurait nier qu'elle ait au jour de la demande un droit acquis sur la part de cette communauté qui doit lui revenir. Ce dernier point a été admis par la Cour de cassation lorsqu'elle déclarait que l'article 1445 par. 2 « regarde moins le mari, *pour lequel elle était inutile*, que les tiers (1) ». Bien entendu l'intérêt des tiers doit être réservé, mais nous ne discutons ici que de l'effet du jugement entre les parties.

Il nous semble ensuite abusif d'opposer comme on le fait la séparation de biens principale et la séparation de biens accessoire. Un arrêt de la Cour de Paris (12 juillet 1892 (2) a décidé qu'en cas de demande principale en séparation de corps et de demande reconventionnelle en séparation de biens, le jugement qui résulte de la première, et fait droit à la seconde, ne rétroagit qu'au jour où cette dernière a été fondée et nombre d'auteurs conseillent à la femme qui veut ob-

(1) 18 juin 1877, S. 77, 1, 406.

(2) D. 93, 2, 509, et S. 94, 2, 10.

tenir la séparation de corps d'introduire deux demandes parallèles, l'une en séparation de corps, l'autre en séparation de biens (1). C'est dire que l'on se trouve en présence de deux actions radicalement distinctes dont les effets ne peuvent être confondus ; cette manière de voir ne nous paraît pas fondée, parce que, pour nous, la femme séparée de corps est avant tout une femme séparée de biens, que le désaccord qui motive la rupture de la vie commune, implique la défiance à l'égard de la gestion du mari et qu'il n'est pas possible, étant donnée la volonté de la loi de soustraire la femme à l'autorité du mari, d'introduire une demande en séparation de corps qui ne contienne implicitement une demande en séparation de biens. Voici en quels termes MM. Aubry et Rau défendent cette opinion : « L'argument d'analogie, écrivent-ils, que fournit la disposition de cet article (art. 1445, par. 2) est parfaitement concluant en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, puisque, d'une part, cette disposition qui n'est, à ce point de vue, qu'une conséquence de la formation du contrat judiciaire, ne présente de sa nature rien d'exceptionnel, et que, d'autre part, les effets de ce contrat s'étendent virtuellement à tout ce qui doit être une suite nécessaire de la demande. Il y a mieux ; la vie commune en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimo-

(1) GARSONNET : *Traité de procédure civile*, t. III, p. 612.

nial, pouvant légalement cesser, dès avant l'introduction de la demande en séparation de corps par l'usage de la faculté que leur accorde l'article 878 du Code de procédure, on comprendrait difficilement que ce régime restât en vigueur pendant l'instance. Dans l'état d'hostilité où la demande en séparation de corps place les époux l'un à l'égard de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les plus graves inconvénients. Nous ferons d'ailleurs remarquer que, d'ordinaire, le demandeur en séparation de corps conclut accessoirement, et par voie de conséquence, à la séparation de biens, en si, en pareil cas, il ne paraît guère possible de refuser effet rétroactif, en ce qui concerne les droits respectifs des parties, au jugement qui prononcera tout à la fois la séparation de corps et la séparation de biens, nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans l'hypothèse où le demandeur se serait borné à provoquer la séparation de corps *puisque l'action ainsi formée implique nécessairement demande en séparation de biens* (1). »

Nous ajouterons qu'aux termes de l'article 252 par. 5 « le jugement (de divorce) dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ». Sans doute cet article n'est-il pas expressément compris dans la liste de ceux (236-244) que l'article 307 déclare applicables à la séparation de

(1) AUBRY et RAU: (5^e éd.), t. VII, p. 373, note 18.

corps, mais nous ferons remarquer que l'article 307 ne vise que la procédure et le jugement et non les effets du jugement, que toutes les raisons qui militaient en faveur de la rétroactivité du jugement de divorce se retrouvent pour celle du jugement de séparation de corps, que d'ailleurs il ressort des débats qui eurent lieu au Sénat lors du vote de la loi sur le divorce que le législateur entendit maintenir la jurisprudence courante qui faisait rétroagir entre les époux le jugement au jour de la demande (1), et nullement établir une règle différente en cas de divorce et en cas de séparation de corps.

De cet ensemble de considérations nous croyons pouvoir conclure à la rétroactivité du jugement de séparation de corps entre époux, et tirer cette conséquence que, à ce point de vue, la condition juridique de la femme séparée de corps est celle d'une femme séparée de biens et que la loi du 6 février 1893 a eu pour principal objet de régler le régime matrimonial des époux

(1) Sans entrer ici dans la discussion des difficultés particulières à la fixation de ce jour, nous admettons que par jour de la demande il faut entendre le jour de l'assignation devant le tribunal et non celui de la citation en conciliation. C'est en ce sens que vient de se prononcer la Cour de cassation dans une affaire où un mari avait demandé communication des titres d'une succession échue à sa femme entre la citation en conciliation et l'assignation. Cass. civ., 27 mai 1921, *Pand. pér.*, 1922, I., 61.

En sens contraire, Bordeaux, 16 avril 1896, D. 1889, 2, 385.

qui possédaient un patrimoine. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est cette interprétation de l'article 252 généralement admise (1), selon laquelle la rétroactivité ne concerne que les intérêts pécuniaires des époux et non leurs personnes ; les époux divorcés sont eux aussi séparés de biens ; et l'on comprend qu'il en soit ainsi pour la séparation de corps si celle-ci est principalement une séparation de biens d'une nature particulière où l'autorisation maritale était devenue pratiquement impossible.

*
* *

Recherchons maintenant à partir de quelle date la femme aura recouvré sa pleine capacité à l'égard des tiers.

La loi ne s'étant point prononcée, on se demande si l'on doit appliquer ici les règles particulières du divorce. D'une part l'article 248 ancien était spécial au divorce ; d'autre part la loi du 6 février 1893 lui a ajouté cet alinéa : « Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps. » Nous voyons dans cette disposition une volonté d'assimiler les deux procédures et d'unifier les effets des deux actions. Selon une formule couramment adoptée, nous dirons donc que la « séparation de corps pro-

(1) Besançon, 9 janvier 1901, D. 1905, 2, 217.

duira ses effets quand le jugement ou l'arrêt seront définitifs (1). » Lorsque la séparation de corps a été prononcée par un jugement, la femme devient pleinement capable à l'expiration des délais d'appel ; si la séparation a été prononcée par un arrêt rendu par défaut, la capacité commence à l'expiration des délais d'opposition ou de pourvoi en cassation ; si l'arrêt est contradictoire, le point de départ sera l'expiration des délais de pourvoi ; en cas de pourvoi, du jour du rejet ou du jour où le demandeur aura été déchu de son recours faute d'avoir signifié l'arrêt d'admission ; s'il y a cassation, du jour où le second arrêt sera définitif. Un jugement du tribunal de Grenoble du 13 août 1901, confirmé par arrêt du 25 novembre 1902 (2) a fixé la jurisprudence sur ce point, et l'on peut considérer comme une erreur juridique l'argumentation d'un jugement du tribunal de la Seine du 26 juillet 1893 (3) tendant à faire rétroagir la capacité de la femme au jour de la demande.

Ces différentes dates ne marquent cependant qu'une libération théorique de la femme, car, bien qu'aucune transcription ne soit exigée, le Code de Procédure

(1) Cf. CABOUAT : *Explication théorique et pratique de la loi* du 6 février 1893, p. 100.

(2) S. 1903, 2, 160.

(3) S. 1895, 2, 116.

(art. 880, 872) (1) ordonne certaines mesures de publicité dont l'accomplissement marquera pour les tiers le moment précis où ils pourront en toute sécurité contracter avec la femme séparée.

Ces solutions proposées par MM. Cabouat et Sarraud sont parfaitement logiques ; elles visent la capacité de la femme dans ses rapports avec les tiers ; il est bien évident que dans l'intervalle qui sépare le prononcé du jugement et l'arrivée de ces termes définitifs, la femme jouira d'une capacité précaire subordonnée au résultat de l'appel ou du pourvoi ; malgré l'opinion

(1) Art. 872, C. Proc. civ. : « Le jugement de séparation (de biens) sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a : extrait de ce jugement, contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, sera inséré sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant ; et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Pareil extrait sera inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que, néanmoins, il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an. »

Art. 880 : « Extrait du jugement qui prononcera la séparation (de corps) sera inséré aux tableaux exposés, tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres d'avoués et notaires, ainsi qu'il est dit art. 872. »

contraire exprimée par l'arrêt de Cour de Grenoble (1), soutenant que l'autorisation maritale est nécessaire jusqu'au jour où le jugement est devenu définitif, nous pensons que les actes accomplis par la femme dans cette période intermédiaire seront valables seulement si la séparation est par la suite définitivement réalisée. Ajoutons que l'appel étant suspensif de droit commun et le pourvoi l'étant par disposition exceptionnelle en matière de divorce et de séparation de corps (art. 248, par. 6), aucun acte de la femme ne pourra être l'objet d'un commencement d'exécution tant que durera l'incertitude de son sort ; on peut donc dire qu'il existe une période transitoire où la condition juridique de la femme se caractérise par une incapacité particulièrement grave, pendant laquelle les tiers n'auront aucun moyen de contracter avec elle en toute sécurité mais où ils pourront néanmoins nouer des obligations conditionnelles non annulables pour défaut d'autorisation si la condition se réalise.

(1) S. 1903, 2, 160.

CHAPITRE II

Effets de la séparation de corps sur les actes relatifs à la personne

Si l'on excepte le devoir de fidélité (art. 212) dont la femme séparée de corps n'est pas affranchie, on peut poser en principe que celle-ci dispose de sa personne depuis la loi de 1893 presque aussi entièrement qu'une fille majeure, une veuve ou une femme divorcée. Ce point a été trop solidement établi au cours des travaux préparatoires pour que nous y insistions; nous nous bornerons seulement à signaler le caractère illusoire et irréel de ce lien matrimonial qui ne lie plus personne, puisque les époux (sauf pour le droit de convoler) jouissent de la liberté des célibataires, et le progrès réalisé vers une assimilation de plus en plus complète de la séparation au divorce, comme nous allons le constater par l'examen des cas particuliers. Cependant la persistance théorique de ce lien nous obligera souvent à restreindre quelque peu cette libre capacité et à nous écarter des solutions de la jurisprudence.

*
* *

1° Domicile de la femme séparée de corps

« La femme séparée cesse d'avoir pour domicile légal le domicile du mari ». (Art. 108, par. 2). Cette décision de la loi de 1893 a consacré la jurisprudence antérieure qui, dans le silence de la loi, avait jugé qu'il serait contradictoire d'autoriser la femme à avoir une résidence séparée et de lui assigner le domicile légal du mari.

C'est donc à ce domicile librement choisi par elle que devront être signifiés les jugements et assignations de toute sorte la concernant ; ils ne devront plus, comme avant 1893, être signifiés au mari, sauf en matière de questions d'état (art. 108, par. 3). Par question d'état il faut entendre les questions d'adoption, de reconnaissance, de légitimation, de réclamation d'état, de nationalité.

La femme peut-elle en toute liberté choisir sa résidence ? On répond généralement par l'affirmative ; cependant nous ne sommes pas assurés qu'une telle solution soit satisfaisante car, d'une part, si le devoir de fidélité subsiste, il n'est pas possible que le mari soit privé de tout moyen de contrôle, et d'autre part la jurisprudence antérieure à 1893 avait admis que, pour de sérieuses raisons de moralité, celui-ci pouvait demander aux tribunaux d'interdire à la femme de con-

server la résidence qu'elle avait choisie (1) ; malgré la volonté évidente du législateur de donner à la femme séparée le maximum d'indépendance, nous ne pensons pas que l'on puisse admettre le principe de la liberté absolue.

*
* *

2° Du droit de faire le commerce

Sous l'empire du Code civil la femme séparée restait incapable de faire le commerce sans autorisation maritale (art. 4 Code com.), car une entreprise commerciale ne comporte pas seulement des actes d'administration (art. 1449, C. civ.).

Le principe général de la loi du 6 février 1893 ainsi que les déclarations de certains orateurs au cours des débats (2), ne permettent plus de décider ainsi, d'autant plus que depuis longtemps la jurisprudence admettait un tempérament à la rigueur de l'article 4 du Code de commerce et permettait à la femme, en vertu de l'article 219 du Code civil, d'obtenir de la justice l'autorisation que le mari lui refusait arbitrairement. Ici le pas a été franchi sans restriction.

(1) Castelsarrazin, 8 avril 1864, D. 64, 3, 46, et Toulouse, 29 juin 1864, D. 64, 2, 174.

(2) Cf. le discours de M. Denormandie, Sénat, séance du 25 janvier 1887.

Les craintes qu'avait fait craindre pour l'honorabilité du mari l'éventualité d'une faillite de la femme ont été suffisamment écartées par la faculté accordée à chaque époux de reprendre l'usage de son nom. (Art. 311 nouveau, par. 1.)

*
* *

3^o Reprise par chaque époux de son nom personnel

Des discussions interminables se sont produites à ce sujet tant au Conseil d'Etat à qui en revient l'initiative qu'au Sénat où l'on y attacha une importance qui nous surprend. Il s'agissait en effet alors de trancher une question à laquelle la jurisprudence, dans le silence de la loi du 27 juillet 1884, avait donné des solutions contradictoires ; on ne savait si la femme divorcée possédait un droit sur le nom de son mari ; on trancha donc le débat dans le sens négatif ; on ajouta à l'article 299 l'article suivant : « Par l'effet du divorce chaque époux reprend l'usage de son nom » et l'on vit que les mêmes difficultés devant se présenter à propos de la séparation de corps, une décision s'imposait, mais on ne la prit pas aussi radicale : « Le jugement, dit l'article 311, qui prononça la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom

le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter. » Ce texte, pratiquement utile pour orienter les juges, était juridiquement superflu, puisque le mariage ne fait pas perdre à la femme son nom patronymique et que l'usage contraire, dérivé de coutumes féodales et nobiliaires, ne vaut chez nous que comme signe du mariage. Cependant, en présence de cet accaparement par la femme du nom de son mari, il était bon que celui-ci pût pour des motifs jugés suffisants, lui faire interdire de le porter. Les juges gardent à cet égard tout pouvoir d'appréciation ; mais la séparation de nom, puisque la communauté de nom signifiait mariage, marquera un fort relâchement du lien conjugal, presque une rupture, et cette disposition de la loi du 6 février 1893 est peut-être une de celles qui accusent le plus l'évolution de la séparation de corps vers le divorce.

*
**

4^o De quelques contrats qui engagent particulièrement la femme

La femme séparée de corps est libre de faire le commerce et de conclure toutes sortes de contrats d'ordre pécuniaire, mais on sait qu'il existe certains contrats qui engagent la personne, qui contiennent des obligations de faire, et peuvent par suite compromettre

tre la dignité. Nous voulons parler du louage de services, de l'engagement théâtral et autres semblables. Indubitablement la question se pose de savoir si le mari ne garde pas, malgré la séparation et malgré le texte de la loi de 1893, un pouvoir d'autorisation qui découle de son droit de surveillance sur la fidélité de celle qui est toujours sa femme ; à examiner minutieusement les débats préparatoires, on verrait que les promoteurs de la loi ont eu surtout en vue de procurer à la femme la libre disposition de ses biens ; quant à la personne, on n'a jamais dit qu'elle jouirait d'une liberté absolue puisque dire une telle chose, c'eût été assimiler entièrement la séparation au divorce, ce que l'on n'a pas voulu faire. Juridiquement, c'est-à-dire conformément aux principes généraux du droit civil, le cas pour nous reste sujet à discussion, et nous ne voyons pas que la loi ait ici détruit la puissance maritale.

Cependant aucun tribunal n'oserait dénier à une femme séparée de corps le droit de contracter un engagement théâtral sans l'autorisation du mari ; cela tient à ce que la jurisprudence actuelle confirme et renforce la jurisprudence ancienne qui, depuis longtemps, admettait à titre subsidiaire l'autorisation de justice dans des litiges de ce genre et qu'il semble bien que, si l'autorisation du mari n'est pas rigoureusement nécessaire, celle de justice, après la nouvelle loi, n'a plus de raison d'être ? D'où la liberté.

*
* *

5° De la surveillance des lettres missives

L'article 213 confère indirectement au mari le droit d'intercepter et de lire la correspondance que la femme entretient avec des tiers. Ce droit subsiste-t-il après la séparation de corps ? Ici encore la persistance du mariage et le droit reconnu au mari de rechercher dans la correspondance de sa femme la preuve de l'adultère nous autorise à conclure, malgré l'inapplicabilité de l'article 213 en cas de séparation, que ses droits restent théoriquement intacts ; seulement ils se trouveront paralysés par le fait de la séparation et par le droit de la femme d'avoir un domicile distinct ; ce domicile doit être inviolable ; d'où il résulte, selon nous, que si le mari s'empare sans violence d'une lettre adressée à sa femme séparée, ou écrite par celle-ci, il ne pourra être l'objet d'aucune poursuite.

*
* *

6° Du changement de nationalité

Des arrêts célèbres rendus à l'occasion d'une affaire retentissante (1) avaient consacré ce principe que

(1) Affaire Bauffremont-Bibesco, Paris, 17 juillet 1876, S. 76, 2, 249. Cassation, 18 mars 1878, S. 78, 1, 193.

la femme séparée de corps, ne pouvait à son gré changer sa nationalité. On pense généralement que la loi de 1893 a rendu caduque cette jurisprudence (1) puisque cette loi a eu pour but de faire disparaître l'incapacité de la femme. Malgré l'autorité et l'unanimité des commentateurs, nous ne pouvons nous rallier à cette interprétation. Si, comme nous le pensons et comme beaucoup de juristes l'admettent, l'expression énigmatique « pleine capacité civile » de l'article 311 signifie simplement que la femme séparée sera affranchie de l'autorisation maritale, nous ne voyons pas qu'il en résulte pour elle le droit d'acquérir une nationalité distincte de celle du mari puisque celui-ci ne pourrait autoriser sa femme à prendre une nationalité autre que la sienne. Le principe que la femme suit la condition du mari (art. 12 et 19 C. Civ.) est d'ordre public et l'on ne peut y déroger par des conventions particulières. (Cf. art. 1388 C. civ.) (2). Nous devons remarquer que l'article 19 du Code civil ne mentionne pas la séparation de corps parmi les causes qui peuvent faire restituer la qualité de Française à une femme devenue étrangère par son mariage avec un étranger.

(1) CABOUAT : *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 77.

SURVILLE : *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 229.

(2) Cf. WEISS : *Manuel de droit international privé*, 2^e éd., p. 151.

Aussi ne pouvons-nous admettre les récents décrets qui ont restitué la nationalité française à une femme mariée à un Italien et séparée de corps en Italie, et ce, sans se préoccuper de savoir si la loi italienne autorise semblable changement, avec ou sans le consentement du mari.

Dire que la femme séparée de corps peut changer de nationalité, c'est dire que la séparation de corps produit tous les effets du divorce ou en d'autres termes que le lien conjugal est rompu ; or nous avons admis que le lien conjugal subsiste et continue à produire ses effets juridiques ; une nécessité logique insurmontable nous oblige à rejeter dans ce cas l'interprétation courante et à refuser à la femme séparée le droit d'acquérir une nationalité différente de celle du mari, résidât-elle à l'étranger, et fût-elle elle-même de nationalité étrangère. Le silence du législateur sur ce point ne provient ni d'un acquiescement tacite à la jurisprudence antérieure, ni de la conscience que le texte adopté résoudrait la difficulté, mais d'une imprévoyance de cette question particulière qui doit, en conséquence, être tranchée selon les principes généraux.

CHAPITRE III

Effets de la séparation de corps sur la disposition des biens

« Devenue pleinement capable, écrit M. Cabouat, la femme séparée de corps est aujourd'hui maîtresse de son patrimoine ; en cette qualité, libre de procéder à tous les actes d'intérêt pécuniaire. Sur ce point la loi nouvelle allant bien au-delà du principe contenu dans l'article 1449 appelle la femme séparée de corps à une vie juridique indépendante et dégagée de toute ingérence d'une autorité étrangère (1). » Nous ne pouvons que souscrire à ces paroles dans la mesure où elles signifient que la femme séparée pourra faire seule les actes qu'elle ne pouvait faire autrefois qu'avec l'autorisation du mari ou de justice. Il ne nous semble pas utile de rappeler les dispositions de l'article 1449 relatives à la séparation de biens, car la condition juridique de la femme séparée de corps est de tout autre na-

(1) *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893.*
p. 47.

ture. Sous le régime de l'article 1449 l'autorisation matrimoniale subsiste ; sous celui de l'article 311 elle disparaît. et cela doit écarter toute idée de rapprochement. Sans doute un malheureux alinéa (al. 2) spécifie que « la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens », mais il ne peut signifier que ceci : la séparation de corps entraînera toujours la dissolution de la communauté, comme la séparation de biens judiciaire. Autrement, et M. Surville l'a justement relevé (1), le texte n'aurait pas de sens. Par contre, il est bien évident que la nouvelle capacité accordée à la femme nécessite une liquidation avec reprise des apports et partage de la communauté, comme en cas de divorce, et il ne serait pas possible, comme l'eût souhaité M. Surville, de laisser aux tribunaux la faculté de décider selon les espèces si la séparation de corps sera ou non suivie de séparation de biens.

La libre disposition, et par suite le libre exercice de toutes les actions qui peuvent corroborer un acte de disposition, telle semble être la condition juridique de la femme séparée de corps. On doit admettre qu'elle peut :

- a) aliéner ses immeubles comme ses meubles,
- hypothéquer ses immeubles,
- en faire donation,
- recevoir une donation,

(1) SURVILLE : *Revue critique*, 1893, p. 226.

convertir ses titres nominatifs en titres au porteur,
placer ses capitaux à rente viagère ;

b) s'obliger et contracter de toutes façons,

emprunter,

acheter à crédit,

accepter un mandat,

acquiescer,

se désister,

compromettre,

transiger,

c) ester en justice,

user des voies d'exécution,

pratiquer une saisie immobilière,

figurer dans une procédure d'ordre.

Cette énumération montre le chemin parcouru, puisque la plupart de ces actes restaient interdits à la femme séparée de biens en vertu de l'article 1449 ; toute distinction nécessairement arbitraire et fuyante entre les actes d'administration et les actes de disposition se trouve ainsi supprimée, ce qui tarit une source de contestations et de procès. On pourrait donc croire, comme l'ont cru les auteurs de la loi, que par la vertu du principe libéral, toutes les difficultés sont levées *ipso facto* et que tous commentaires deviennent superflus. L'expérience a montré qu'il n'en allait pas ainsi ; si la loi du 6 février 1893 a réalisé un progrès certain par l'élimination d'une foule de litiges, par la mise en harmonie de la disposition de la personne et de la disposition

des biens, un certain nombre de difficultés, pour la plupart imprévues, ont surgi çà et là tant du fait de l'imprévoyance du législateur et de la défectuosité de la loi qu'à cause du maintien nécessaire du lien matrimonial dans la séparation de corps ; mariage et liberté sont deux termes incompatibles, et à les vouloir associer on suscite de nouveaux conflits qui prennent la place des anciens. Nous allons maintenant examiner les principales de ces difficultés, celles que la pratique de la loi nouvelle a révélées et qui justifieraient peut-être une retouche de son texte.

I

De l'inaliénabilité de la dot dans la séparation de corps

Si la loi du 6 février 1893 a eu pour principal effet de supprimer pour la femme séparée la nécessité de recourir à l'autorisation maritale, il n'est pas douteux que celle-ci recouvre l'universalité de ses droits lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, sous le régime exclusif de communauté, ou sous celui de la séparation de biens contractuelle, puisque, dans ces hypothèses, l'incapacité de la femme provient du pouvoir du mari ; sous le régime dotal il en est autrement, car, dans ce cas, l'incapacité découle, non plus de la volonté du mari,

qui serait impuissant à habiliter sa femme, mais bien de l'autorité de la loi qui, dans l'intérêt de la famille, a frappé certains biens d'indisponibilité. On s'est donc demandé si les termes de la nouvelle loi pouvaient emporter l'abolition du régime dotal comme le ferait le divorce. La difficulté a été bien vue par M. Cabouat au lendemain même de la réforme : « On remarquera, dit-il, que la rédaction de la loi nouvelle ne nous donne aucun élément de solution. Sans doute elle déclare que la séparation de corps aura pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. Mais la rédaction de notre nouvel article 311 laisse dans l'ombre l'étendue de cette capacité civile et ne donne à l'interprète aucun moyen de la mesurer. Quelle sera donc l'étendue de cette capacité ? Invariablement celle du droit commun, quelles que soient les conventions matrimoniales des époux ? Ou, au contraire, faudra-t-il consulter les clauses du contrat de mariage, tenir compte du régime sous lequel sont placés les époux ? S'il faut se ranger à cette dernière interprétation, la femme séparée de corps ne recouvrera pas nécessairement et dans tous les cas le plein exercice de sa capacité civile ; tout au contraire cette capacité variera d'étendue avec le caractère particulier du régime matrimonial que les époux ont adopté. Donc la femme séparée de corps jouira tantôt d'une pleine capacité, exempte de toute restriction ; tan-

tôt d'une capacité moindre, restreinte s'il y a lieu par l'effet de clauses de dotalité (1). » On ne saurait mieux poser le problème et laisser entendre que le texte de la loi ne veut pas dire ce qu'il a l'air de dire.

Avant d'exposer les arguments proposés pour ou contre la liberté entière de la femme, commençons par prévenir une objection. L'article 311 dit : « la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens », et l'on pourrait en déduire que le régime matrimonial primitif se trouve, quel qu'il soit, automatiquement aboli et remplacé par celui de la séparation de biens. Pour écarter les conséquences extrêmes que l'on pourrait tirer d'une telle interprétation, nous ferons observer ceci : d'abord le nouvel article 311 s'est borné à reproduire le texte de l'ancien, ce qui laisse supposer que le législateur n'a eu en vue que d'opérer la séparation des biens communs, d'établir le *suum cuique* permettant la vie indépendante ; ensuite, à supposer qu'il ait voulu détruire tout régime préexistant, ce que nous ne croyons pas pour des raisons que nous allons donner, même dans ce cas le régime dotal subsisterait, car il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la séparation de biens intervenant

(1) CABOUAT : *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 63.

entre époux mariés sous le régime dotal ne supprime pas l'inaliénabilité des biens dotaux (1).

Pour dissiper l'équivoque de la loi, nous allons rechercher l'intention du législateur dans les débats parlementaires, et nous nous demanderons ensuite quelle solution peut être la plus conforme aux principes juridiques les plus généraux.

*
* *

La question qui nous occupe n'est pas de celles qui ont échappé à la perspicacité du législateur ; elle a été au contraire plusieurs fois visée et cela dans deux sens successivement opposés, ce qui nous permettra de conclure en nous rangeant à l'avis qui a définitivement prévalu.

La thèse extrémiste a été présentée et soutenue au début de la discussion. Un amendement présenté au Sénat par MM. Naquet et Léon Renault était ainsi conçu : « Ajouter à l'article 311 cet alinéa : elle (la séparation de corps) aura pour effet de supprimer l'autorisation maritale, et de faire rentrer la femme dans le plein exercice de sa capacité civile, à l'égard de ses biens, *nonobstant toutes clauses restrictives du contrat de mariage*. » C'était supprimer l'inaliénabilité dotale. Un autre mandement présenté par M. Pâris se conten-

(1) En ce sens, PLANIOL, 4^e éd., t. III, p. 295.

tait de rendre à la femme « le plein exercice de la capacité civile », ce qui signifiait alors la même chose, comme le prouve le dialogue suivant :

M. LE PRÉSIDENT DU SÉNAT. — « Vous avez présenté (il s'adresse à M. Léon Renault) ainsi que M. Naquet un amendement qui se rapproche beaucoup de l'amendement de M. Pâris. »

M. NAQUET. — « Je l'ai retiré. »

M. LE PRÉSIDENT. — « Permettez, vous avez ajouté que la séparation de corps aura pour effet de faire rentrer la femme dans le plein exercice de sa capacité civile à l'égard de ses biens, nonobstant toutes clauses restrictives du contrat de mariage. Il serait peut-être bon de donner quelques explications sur cette disposition. »

M. NAQUET. — « On m'a fait remarquer que cette phrase était absolument inutile et que l'amendement de M. Pâris répondait à la pensée qui l'avait dictée. Je me suis alors rallié à cet amendement. »

M. LE PRÉSIDENT. — « Alors le régime dotal stipulé disparaît ? »

M. NAQUET. — « Oui, M. le Président (1). »

Cette déclaration passa inaperçue sur le moment, mais quelques instants plus tard elle souleva des protestations. M. Roger Marvaise qui combattait l'amendement Pâris déclara : « Non seulement il (M. Pâris)

(1) Séance du 20 janvier 1887, p. 31.

vous propose de détruire la puissance maritale en cas de séparation de corps, mais encore de faire disparaître d'une manière absolue, complète, le contrat de mariage qui règle les rapports des époux entre eux... En cas de séparation de corps le contrat de mariage continue à subsister et dans ces conditions il est impossible d'admettre l'amendement de M. Pâris, puisque cet amendement aurait pour conséquence de rendre à la femme une capacité entière, c'est-à-dire de lui donner la liberté de mettre complètement de côté ce contrat de mariage qui doit durer autant que durera le mariage. »

Devant cette objection, le Sénat réfléchit, et l'auteur du premier amendement, M. Léon Renault, rejetant l'opinion extrême de M. Naquet, se rangea à une conception plus modérée qui devait donner satisfaction à M. Roger Marvaise, et il fit la déclaration suivante, qui nous semble bien être un commentaire anticipé de la loi nouvelle : « Avec la législation nouvelle, est-ce qu'un mari pourrait autoriser la femme séparée de corps à aliéner le fonds dotal ? Incontestablement non. Par conséquent la disparition de la nécessité de l'autorisation maritale, après que la séparation de corps a été prononcée n'a rien à voir avec l'inaliénabilité du fonds dotal ; il ne s'agit que d'autoriser la femme séparée à faire seule, en vertu de sa capacité, les actes pour lesquels elle est obligée de demander aujourd'hui l'autorisation de son mari.

« Précisons bien ce que l'amendement Pâris propose d'abolir. L'autorisation maritale actuellement est nécessaire à la femme pour recevoir, pour disposer de ses biens personnels, pour ester en justice, pour un certain nombre d'actes essentiels qui se lient à sa capacité civile. Le jour où vous aurez déclaré que lorsque rien ne subsiste plus de l'association conjugale dans sa réalité, dans sa sainteté, quand il y a séparation de corps entre les deux époux, il n'y a plus lieu pour la femme de réclamer l'autorisation de son mari ou de justice pour aliéner, recevoir et ester devant les tribunaux, il n'en résultera pas forcément que les contrats de mariage disparaîtront, que leurs stipulations seront anéanties. Ces contrats ne peuvent disparaître qu'à l'instant où le mariage lui-même est dissous par la mort ou le divorce. La puissance maritale ne les a pas créés, ce n'est pas elle qui les soutient, elle n'a rien à voir avec eux (1). »

Le rapport de M. Arnault à la Chambre contient des déclarations aussi nettes : La femme, dit-il, reprend toute sa liberté même d'aliénation, *sauf pour les biens dotaux qui restent inaliénables...* Les uns l'estiment nécessaire (la séparation de corps) non pas seulement, comme on le dit volontiers, à cause des croyances religieuses, mais encore pour bien d'autres raisons fort

(1) Séance du 20 janvier 1887, *J. off.*, p. 35.

respectables aussi : intérêts des enfants et des familles, *conservation des biens dotaux* (1) ».

La cause nous semble entendue, et la loi votée après de semblables explications ne laisse subsister aucun doute : l'inaliénabilité dotale survit à la séparation de corps.

A ces raisons tirées de la volonté du législateur on peut en ajouter d'autres qui s'inspirent de la logique des principes juridiques. Comme le pensent nombre d'auteurs, la dotalité n'est pas une question de capacité, mais d'indisponibilité réelle tant que dure le mariage : « La femme séparée de corps, écrivait M. Thiénot en 1893, n'est pas plus affranchie des règles de la dotalité imposées par son contrat de mariage qu'elle n'est affranchie d'un droit de retour ou d'une clause de restitution qui peut grever ses biens. Considérons les biens dotaux comme étant en quelque sorte grevés de restitution au profit de la femme elle-même tant que dure le mariage (2). » Evidemment les biens dotaux doivent avant tout être conservés tant que dure le mariage, et il en sera ainsi aussi longtemps que le régime dotal n'aura pas été supprimé ; cette indisponibilité admise par la loi, a des justifications que la séparation de corps ne fait pas disparaître, bien au contraire, la séparation de corps eût été un moyen facile

(1) J. off. 1887, Annexes, p. 428.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893.

et détourné pour des époux prodigues d'abolir leur régime dotal. Ces conséquences néfastes ne sont pas théoriquement admissibles, et cela confirme l'interprétation qu'après de nombreux juristes nous venons de donner sur cette importante question de la dotalité.

Il convenait, au début de cette étude, de bien établir ce fait que sur un point au moins le législateur a entendu que la femme séparée de corps ne jouirait pas de la condition juridique de la femme divorcée ou veuve, c'est-à-dire du « plein exercice de sa capacité civile ». Cette restriction, qui nous éclaire sur le véritable sens des termes de la loi, en autorisera peut-être d'autres et doit nous aider à résoudre les difficultés imprévues.

*
* *

Cependant, en vertu des articles 1555, 1556, 1558 les biens dotaux peuvent être aliénés dans certains cas, tantôt avec l'autorisation du mari, tantôt avec celle de justice. La femme séparée de corps, dans ces hypothèses précises, sera-t-elle encore obligée, malgré la généralité des termes de l'article 311, de recourir à une autorisation quelconque ?

Comme bien l'on pense, nous ne pouvons espérer trouver dans les débats de grands éclaircissements. Seul M. Arnault a vu le cas dans son rapport, et voici ce qu'il en a dit : « La femme reprend toute sa liberté,

même d'aliénation, sauf pour les biens dotaux qui restent inaliénables, conformément à l'article 1561 (mis pour art. 1554) du Code civil avec les exceptions prévues en l'article 1558 où l'autorisation de justice est devenue nécessaire. » (1) Qu'est-ce que cela signifie ? Plusieurs interprétations sont possibles :

a) La femme reste soumise à l'obligation d'obtenir l'autorisation de justice dans les cas prévus à l'article 1558 ; pour les cas prévus aux articles 1555, 1556, elle n'a besoin d'aucune autorisation.

b) La femme est affranchie de l'autorisation maritale en vertu de l'article 311, mais l'autorisation de justice est nécessaire dans tous les cas (art. 1555, 1556 et 1558) (2).

c) Le principe de la dotalité étant maintenu, toute la législation antérieure doit être maintenue ; la femme même séparée de corps devra donc encore dans les cas prévus aux articles 1555 et 1556, solliciter l'autorisation de son mari (3).

La pensée de M. Arnault, restée obscure dans son rapport, ce qui a eu pour effet de ne pas attirer l'attention de la Chambre sur ce point, a été précisée par lui dans le commentaire de la loi qu'il a publié dans le

(1) Chambre, Annexes 1887, p. 440.

(2) En ce sens, PLANIOL, t. III, n° 1641 (4^e éd.).

(3) En ce sens, CABOUAT, *op. cit.*, p. 68.

Recueil de l'Académie de législation de Toulouse (1) ; il s'est déclaré partisan de la première interprétation ; selon lui la femme dotale séparée de corps pourra donc :

1° Doner pour l'établissement des enfants nés d'un mariage antérieur la nue-propriété de ses biens dotaux (art. 1555).

2° Donner en pleine propriété ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1556).

3° Aliéner ses biens dotaux avec permission de justice aux cas prévus par l'article 1558.

Cette solution si simple et qui peut passer pour l'expression la plus probable de la volonté du législateur n'a point prévalu en doctrine. M. Cabouat, le commentateur le plus autorisé de la loi du 6 février 1893, adopte la troisième interprétation : « Nous inclinons, dit-il, vers cette dernière solution qui nous paraît avoir pour elle la supériorité logique ; car si la qualité de femme dotale est déclarée indélébile pour la femme séparée de corps, n'est-il pas naturel d'admettre qu'elle demeure soumise à la dotalité avec tous les effets que comporte cette situation exceptionnelle tels qu'ils sont fixés par des textes qui n'ont été l'objet d'aucune abrogation expresse ou tacite (2). »

« Un point certain, écrit M. Sarrand, admis de tous

(1) *Recueil*, 1892-1893, t. 41, p. 347.

(2) CABOUAT, *op. cit.*, p. 68.

les rédacteurs, c'est qu'on a voulu ne pas toucher au régime dotal, à ses caractères principaux, aux garanties qu'il confère aux femmes mariées, la généralité des termes employés prouve surabondamment qu'on a compris dans ce mot, régime dotal, non seulement les règles de droit commun, mais encore les exceptions (1). »

On a d'ailleurs fait valoir que l'autorisation du mari pour l'aliénation d'un bien dotal n'était pas de même nature que celle qu'il donne en vertu de l'article 217, que dans le cas il tient le droit de consentir d'un engagement contractuel dont la loi n'a pas entendu le dépouiller (2).

Ces arguments ne nous semblent pas concluants ; il n'est pas exact comme le prétend M. Cabouat, que certaines dispositions des articles 1555 et 1556 n'aient point été l'objet d'une abrogation *tacite* ; le législateur à tort sans doute, n'a point relu le Code pour en accorder les dispositions anciennes avec les nouvelles ; il s'est borné à déclarer d'une façon générale, et par une véritable clause de style, que « les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées. » (Art. 6). Mais cela suffit pour supprimer la nécessité de l'autori-

(1) SARRAND : *De la condition de la femme séparée de corps*, p. 135.

(2) Cf. ULRICH : *De la capacité de la femme séparée de corps*, p. 205.

sation maritale après la séparation de corps, même sous le régime dotal, car nous ne voyons pas que autorisation du mari et inaliénabilité des biens soient deux choses si indissolublement liées que le maintien de l'une nécessite le maintien de l'autre ; l'esprit du Code est que les biens dotaux soient frappés d'indisponibilité, hors dans certains cas ; la loi est sauvée dès que ce résultat est obtenu. Nous ne voyons pas que, dans cette hypothèse, l'autorisation maritale-revête un caractère particulier ; sous le régime dotal, comme sous les autres, elle dérive, non d'un engagement contractuel, mais bien de la volonté de la loi qui institue le mari arbitre de l'intérêt général de la famille ; relevé de ces fonctions par la séparation de corps, le mari n'a plus de titre légal pour intervenir dans la gestion ou la disposition des biens de sa femme.

On doit se demander si la femme pourra toujours aliéner la pleine propriété de ses biens dotaux ; on sait que le mari en conserve l'usufruit pendant le mariage, et M. Arnault a émis cet avis que, dans le cas de l'article 1555 (établissement d'enfants d'un autre lit), elle ne pourrait en céder que la nue-propriété arguant que la réconciliation des époux fait rentrer les revenus sous la jouissance du mari. Nous ne comprenons pas ce raisonnement : la femme séparée de corps, par l'effet de la séparation de biens, dispose de la nue-propriété et de l'usufruit de tous ses biens ; elle n'en doit aucun

compte au mari qui n'a aucun droit de surveillance sur l'emploi des fonds ; il nous semble donc que la loi nouvelle autorise la femme à disposer entièrement de ses biens dotaux en faveur d'enfants d'un précédent mariage ; il en résultera sans doute une difficulté s'il survient une réconciliation, et le mari se verra frustré d'une partie des revenus de sa femme, mais cela ne dépasse pas les risques normaux et parfaitement admissibles d'une séparation de corps.

II

De l'hypothèque légale de la femme séparée de corps

L'article 2121 du Code civil accorde aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leur mari ; l'article 2135 (combiné avec l'article 8 de la loi du 23 mars 1855) les dispense de prendre inscription pendant le mariage, mais les oblige à faire inscrire leur hypothèque dans l'année qui suit la dissolution du mariage. D'autre part, une pratique constante établie en violation de l'article 2140 (qui interdit à la femme de renoncer par contrat à toute inscription) et consacrée par les lois du 23 mars 1855 (art. 9) et du 13 février 1889, autorise la femme mariée à renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ; de plus, en vertu de l'article 2144,

elle peut restreindre son hypothèque aux immeubles suffisants pour la conservation de ses droits. De là deux questions dont l'imprévoyance du législateur a fait deux difficultés :

1° La femme séparée de corps doit-elle faire inscrire son hypothèque légale dans l'année qui suit le jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif ?

2° La femme séparée de corps peut-elle renoncer en totalité ou en partie à son hypothèque légale sans autorisation du mari et sans l'accomplissement des formalités des articles 2144 et 2145 ?

*
**

La première question revient à se demander si l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 est applicable à la femme séparée de corps. A la vérité, les termes de l'article 8, qui parlent de femme veuve et de dissolution du mariage, strictement interprétés, ne semblent pas autoriser une telle extension ; d'un autre côté on prouverait aisément que le législateur de 1855 n'a pas eu l'intention d'imposer l'inscription à la femme séparée de corps. Mais ici, comme ailleurs, à l'interprétation stricte, souvent inconciliable avec d'autres textes, on peut préférer, et les tribunaux le font couramment, une interprétation intelligente qui, sans désobéir à la

loi, tient compte des circonstances nouvelles créées par des lois nouvelles et décide que la véritable volonté du législateur ne saurait durablement rester en contradiction avec elle-même. En 1855, il n'y avait pas lieu de parler de la femme séparée de corps non plus que de la femme séparée de biens, puisque dans l'un et l'autre cas la femme restait soumise à l'autorité maritale pour tous les actes de quelque importance. Voici, en effet ce que nous lisons dans l'exposé des motifs de la loi de 1855 : « ... Cette grande faveur (la dispense d'inscription) sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être ; tant que la femme est dans la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien, la loi supplée par une protection peut-être exorbitante à la résistance du mari... mais quand la capacité d'action sera venue à la femme, le besoin de publicité reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune (1). » Ces paroles nous suffisent ; avant 1893, elles signifient que la femme séparée de corps n'a pas besoin de prendre inscription ; après 1893 elles signifient au contraire qu'elle doit prendre inscription. On connaît d'ailleurs le fameux arrêt de la Chambre des requêtes (2) qui déclare : « L'incapacité de la femme pendant le mariage est le

(1) D. 1855, 4, 29.

(2) 2 juillet 1877, D. 78, 1, 408.

seul motif de la dispense d'inscription », et cela confirme notre manière de voir.

A s'en tenir aux seuls principes théoriques, on aboutit aux mêmes conclusions. La publicité et l'inscription sont la règle ; l'inscription est même de règle pendant le mariage (art. 2136) ; la dispense dont la femme jouit pendant le mariage tient à des causes que la séparation de corps fait évanouir ; c'est pourquoi l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, que la jurisprudence a étendu à la femme divorcée, doit s'appliquer également à la femme séparée de corps. Le silence de la loi marque un oubli du législateur plutôt qu'une volonté.

*
* *

Examinons maintenant la deuxième question : « La femme séparée de corps peut-elle disposer librement de son hypothèque légale ? » Comme la précédente, elle a complètement échappé à l'attention des préparateurs et des premiers commentateurs de la loi (1) ; ce n'est qu'en 1901, à l'occasion d'un jugement du tribunal de la Seine (7 août 1901) qu'elle fut aperçue et que se déclanchèrent les interprétations. Immédiatement deux opinions se firent jour, toutes deux appuyées d'arguments solides, affirmant, l'une, que la femme

(1) M. Cabouat en parle cependant dans son étude sur la loi de 1893 (p. 89) et penche pour la liberté.

séparée de corps peut disposer de son hypothèque légale comme une femme veuve ou divorcée, l'autre, qu'elle ne le peut pas.

La première théorie s'autorise d'un arrêt de la cour de Paris du 16 mai 1902 (1) réformant le jugement du tribunal de la Seine du 7 août 1901. Il s'agissait d'une femme qui avait demandé au conservateur des hypothèques la radiation de ses inscriptions, et cela en dehors des formalités requises par les articles 2144 et 2145. Le conservateur avait refusé et le tribunal lui avait donné gain de cause ; la cour en a décidé autrement : « Considérant, dit-elle, que la loi de 1893 a une portée bien moins restreinte que celle indiquée par les intimés (conservateurs) ; qu'elle ne dit pas seulement en effet que la femme est dispensée de l'autorisation du mari ou de justice, mais qu'elle déclare encore qu'elle reprend le plein exercice de sa capacité civile ; que ces termes sont aussi précis et aussi larges que possible, et que si la loi n'avait entendu habiliter la femme qu'au seul point de vue de l'autorisation à obtenir de son mari ou des tribunaux, elle n'aurait pas dit qu'elle reprenait le plein exercice de sa capacité civile, puisqu'elle ne lui aurait ainsi concédé qu'une capacité restreinte ; qu'il ressort des termes de la loi et qu'il résulte d'ailleurs des discussions parlementaires qui ont

(1) D. 1903, 2, 228.

précédé cette loi que son objet a été de rendre sans exception ni restriction à la femme séparée de corps sa liberté absolue au point de vue de sa capacité civile dans la mesure compatible avec le maintien du lien matrimonial... réforme le jugement. »

Cette argumentation a été reprise par M. Thomas dans une note sous un jugement de Bordeaux (1) ; pour lui l'expression « rendre le plein exercice de la capacité civile » signifie « remettre les choses à l'état antérieur au mariage » et il cite en ce sens les opinions émises au cours des débats par MM. Flourens, Allou, Pâris et Léon Renault et en tire des conclusions radicales d'autant plus faciles que la plupart de ces orateurs, tout à leur œuvre de libération, ne mesuraient pas exactement la portée de leurs paroles. Cependant la meilleure réfutation de cette théorie est contenue et dans le texte même de l'arrêt de Paris, et dans celui de la note de M. Thomas. De même que la cour parle de « liberté absolue dans la mesure compatible avec le maintien du lien matrimonial », M. Thomas doit reconnaître qu'« à la différence de la mort et du divorce qui dissolvent le mariage, la séparation de corps le laisse subsister », il admet la persistance de l'inaliénabilité dotale, et ces restrictions mêmes montrent bien que la thèse de la liberté absolue, qui perce dans l'argumentation de la cour de Paris, est insoutenable.

(1) D. 12, 2, 129.

La seconde théorie, plus conforme à l'esprit du code et de la loi de 1893, s'autorise de deux jugements rendus, l'un par le tribunal de Mayenne le 14 novembre 1902 (1), l'autre par le tribunal de Bordeaux, le 13 juin 1910 (2).

Dans l'espèce soumise au tribunal de Mayenne on demandait que la femme se dépouillât entièrement de son hypothèse légale ; le tribunal a rejeté la demande « attendu, dit-il, que le législateur de 1893 en la débarrassant des lisières maritales et judiciaires qui ne lui permettaient pas de gérer son patrimoine sans se heurter au refus presque toujours systématique d'un conjoint hostile ou aux dépenses et retards d'une procédure en justice, n'a certainement pas voulu introduire dans le code, implicitement, par voie de conséquence et sous le pavillon d'un texte à la fois général et laconique, une aussi grosse et aussi radicale innovation ». Toute l'argumentation de ce jugement est d'ailleurs remarquable, et expose avec une grande clarté les raisons qui militent en faveur de cette interprétation. Elle se résume ainsi :

a) Aucun texte n'indique la façon d'abroger l'hypothèque légale ; les articles 2144, 2145 ne visent que la réduction et la radiation ;

(1) D. 1903, 2, 229.

(2) D. 1912, 2, 129.

b) L'article 2140 interdit indirectement à la femme mariée de n'avoir point d'hypothèque ;

c) La femme peut toujours avoir à garantir des droits alimentaires éventuels qui justifient la conservation de son hypothèque ;

d) En cas de réconciliation, la femme n'aurait plus d'hypothèque.

Nous ne prétendons pas que ces arguments soient inattaquables, et M. Claro, dans la note publiée sous le jugement, s'est chargé de les combattre alléguant que l'article 2140 interdisait la renonciation avant le mariage mais non après, que les mesures édictées par les articles 2144, 2145 sont destinées à suppléer à l'incapacité de la femme, et que la femme devient capable avec la loi du 6 février 1893, que la question de savoir si l'hypothèque légale de la femme s'étend aux aliments est controversée, qu'en cas de réconciliation la femme sera dans la situation de la femme divorcée et réconciliée (art. 295).

A notre avis, on pourrait concéder à M. Claro ce dernier point mais non les trois premiers, car il ne nous paraît pas évident que les formalités requises par les articles 2144, 2145 n'aient d'autre objet que de suppléer à l'incapacité de la femme ; l'avis que « quatre plus proches parents d'icelle », l'autorisation accordée en fin de compte par le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République, signifient que l'on prend dans un cas exceptionnel une mesure grave qui

porte atteinte à une garantie d'ordre public et que le mari seul ne pourrait prendre et que nous nous trouvons en présence d'une précaution législative qui ressemble fort à l'inaliénabilité dotale ; quant à l'article 2140, il stipule qu'« il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription » et cela veut dire que l'hypothèque légale, comme l'autorité maritale, est une institution reconnue d'utilité générale, dont les parties contractantes ne peuvent s'affranchir ni avant, ni pendant le mariage. La cour de cassation avait décidé avant 1893 (1) que la femme ne peut jamais renoncer d'une manière générale à l'hypothèque légale jusqu'à la dissolution du mariage, quand bien même elle ne garantirait que des droits éventuels ; nous pensons que la Cour suprême, aujourd'hui encore, maintiendrait cette jurisprudence.

Le dernier arrêt rendu sur cette question par la cour de Bordeaux le 13 juin 1910 nous autorise à le croire. Citons-en les principaux motifs : « Attendu que, quelques larges et étendus que soient les droits qui découlent de ce texte (art. 311, par. 3) en faveur de la femme séparée de corps, il apparaît bien que le législateur a eu uniquement en vue ceux pour l'exercice desquels l'autorisation du mari ou de justice était indispensable jusqu'alors, et non ceux que ces autorisations ne pouvaient conférer ; qu'il ne saurait donc comprendre le

(1) Amiens, 27 novembre 1877 et Req., 20 mai 1878.

droit de renoncer à l'hypothèque légale que la femme mariée ou séparée de corps était impuissante à exercer avec l'autorisation de son mari ou de justice ; qu'il ressort très nettement des travaux préparatoires de la loi de 1893 qu'on a voulu simplement affranchir la femme séparée de corps de la tutelle dans laquelle elle était tenue pour l'administration de sa fortune et la gestion de ses biens, et non la placer dans la même situation qu'une fille majeure ou qu'une femme divorcée ; qu'il en ressort également que le législateur n'a rien voulu modifier aux effets de la séparation de corps ; attendu qu'à la différence du divorce, celle-ci ne dissout pas le mariage, et que, tant que le mariage subsiste, l'hypothèque légale que la loi accorde aux femmes mariées pour la garantie de leurs créances présentes ou futures, doit subsister et subir seulement les restrictions que la loi permet d'y apporter (1). »

On nous objectera que si la femme séparée de corps doit, comme nous l'avons admis, faire inscrire son hypothèque pour conserver son rang, elle possède par son abstention un moyen détourné de perdre le bénéfice de la garantie légale à laquelle elle ne peut directement renoncer. Cette conséquence regrettable nous semble inévitable ; elle rappelle cette autre conséquence de l'article 728 du Code de procédure civile aux termes duquel la femme dont l'immeuble dotal est

(1) D. 1913, 2, 133.

l'objet d'une saisie immobilière doit, trois jours au plus tard avant la publication du cahier des charges, demander la nullité de la saisie, faute de quoi l'immeuble est valablement saisi, purgé de son caractère dotal, et par suite aliéné. La femme séparée de corps ne perdra, il est vrai, que son rang ; mais ce rang peut être précieux pour elle. Constatons seulement une fois de plus l'insuffisance de la loi.

Cependant, si la femme séparée de corps ne peut renoncer complètement au bénéfice de l'hypothèque légale qui lui est imposée tant pour la sauvegarde des créances antérieures à la séparation que de celles qui lui écherraient postérieurement, rien ne s'oppose à ce qu'elle consente une large réduction de cette hypothèque lorsqu'elle a exercé ses reprises de toutes sortes et que la fortune immobilière du mari dépasse de beaucoup le montant de ses droits acquis ou éventuels.

Mais devra-t-elle encore se soumettre aux formalités requises par les articles 2144 et 2145 ? Rappelons d'abord que ces formalités ne sont exigées que pour le cas d'une réduction opérée entre époux à la demande du mari, qu'elles ne sont point nécessaires toutes les fois que la femme veut renoncer à son hypothèque légale au profit d'un tiers ou l'y subroger. Nous distinguerons donc deux cas pour lesquels nous admettons deux solutions : 1^o La femme séparée de corps peut toujours sans autorisation maritale renoncer à son hypothèque au profit d'un tiers ou l'y subroger ;

2° La femme séparée de corps ne pourra réduire son hypothèque sur les biens de son mari qu'en observant la procédure des articles 2144 et 2145, c'est-à-dire en obtenant l'homologation de justice, car dans ce cas, comme dans celui de l'article 1558, l'intervention gracieuse du tribunal a pour but de constater que les conditions exigées par la loi sont bien réunies, et l'on ne voit pas pourquoi l'extension de capacité que lui confère la loi de 1893 la dispenserait de se soumettre à des formalités qui ont un caractère d'ordre public. Nous devons reconnaître que cette thèse n'a point prévalu en jurisprudence, puisque l'arrêt du 16 mai 1902 de la Cour de Paris (1) a validé des radiations d'inscriptions requises en dehors des formalités des articles 2144 et 2145 ; mais nous ferons observer que toute l'argumentation de cet arrêt repose sur ce principe erroné que la femme séparée de corps jouit, depuis la loi de 1893, quant à la disposition de ses droits, d'une capacité analogue à celle de la femme divorcée ; or nous ne pensons pas que cette interprétation stricte et inintelligente d'un texte mal rédigé ait chance de se maintenir.

(1) D. 1903, 2, 228.

III

De la prescription des actions en nullité et de la suspension de prescription de l'article 2256

Puisque la femme mariée ne peut accomplir aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari, on conçoit que les actes qu'elle aurait accomplis à l'insu de ce dernier soient frappés de nullité ou plutôt annulables sur sa demande ou sur celle du mari. Les conditions d'exercice de cette action sont réglées par l'article 1304 ainsi conçu : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure depuis dix ans. »

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; et *pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage*. Ces dispositions s'expliquent par l'impossibilité où sont les femmes mariées d'intenter la moindre action et l'on est naturellement amené à se demander si la femme séparée de corps devenue capable d'ester en justice ne verra pas courir contre elle du jour de la séparation ce délai de dix ans pendant lequel elle pourra demander la nullité des actes accomplis sans autorisation. Ce point a complètement

échappé au législateur, et rien dans les débats parlementaires ne nous indique qu'il ait eu à cet égard une intention quelconque. Nous sommes donc réduits pour trancher la difficulté aux seules ressources de la logique juridique.

Ecartons d'abord un argument présenté au moment de l'apparition de la réforme. Pour justifier l'application de l'article 1304 à la femme séparée de corps et le maintien du point de départ de la prescription au jour de la dissolution du mariage, M. Surville a soutenu que si la prescription courait contre la femme, cela compromettrait la possibilité d'une réconciliation. « En effet, dit-il, si la femme, en agissant auparavant (avant la dissolution du mariage) avouait qu'elle a passé des actes au mépris de l'autorité maritale à une époque où elle y était soumise, cet aveu pourrait rendre la réconciliation entre époux plus problématique (1). » A quoi M. Thiénot a justement fait observer que le plus souvent « ce sont les poursuites de celui qui a contracté avec la femme qui révéleront le contrat passé au mépris de l'autorité maritale et non pas l'exception de nullité qu'opposera la femme », que « la femme séparée de corps qui a intérêt à invoquer la nullité par voie d'action directe n'hésitera pas à le faire au plus tôt, n'ayant plus la crainte de déplaire à

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 232.

son mari (1) ». Ajoutons que les statistiques n'accusent qu'une moyenne de 2 % de réconciliations entre époux séparés de corps. Or, on ne peut justifier une mesure qui ne serait prise que pour un aussi minime pourcentage, surtout si elle devait préjudicier aux intérêts de la majorité.

Juridiquement et rationnellement la prescription repose sur l'idée d'une confirmation tacite d'un acte dont un incapable devenu capable néglige de réclamer la nullité ; il est certain que depuis la loi de 1893, la femme séparée de corps a pleine capacité d'intenter toutes les actions qui tendent à la conservation de son patrimoine, qu'elle le fait d'ailleurs à ses risques et périls, et que rien ne s'oppose désormais à ce que, conformément à tous les principes, la prescription commence à courir contre elle du jour de la séparation. Tel est l'avis de M. Cabouat : « Dès qu'elle dispose des moyens d'action, dit-il, et que, par surcroît, elle est moralement libre d'en user, il n'existe plus aucune raison de suspendre le cours d'une prescription dont le point de départ coïncide, en règle, avec la disparition de l'obstacle à l'exercice de l'action (2) ». Ainsi, réserve faite des dispositions de l'article 1560 aux termes duquel aucune prescription ne saurait cou-

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 386.

(2) *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 58.

rir pendant le mariage contre les époux qui auraient aliéné un immeuble dotal, il semble bien nécessaire que la prescription de l'action en nullité coure contre la femme du jour de la séparation de corps.

La plupart des auteurs se prononcent en ce sens, mais déclarent aussitôt que cette manière de voir n'a qu'une valeur législative : « C'est en ce sens, dit M. Cabouat, que le législateur eût dû se prononcer ; mais encore une fois le silence de la loi laisse subsister dans son intégrité le texte de l'article 1304, de telle sorte que la prescription de l'action organisée par la disposition précitée ne commence à courir même pour la femme séparée de corps devenue capable en vertu du nouvel article 311 qu'à compter du jour de la dissolution du mariage (1) » C'est proprement détruire toute l'argumentation précédente et reconnaître que la loi peut contenir des contradictions manifestes et incorrigibles, et que le juge doit suivre le texte sans l'interpréter ; or, si nous reconnaissons que les tribunaux ne doivent ni faire la loi, ni contredire la volonté du législateur, nous admettons d'autre part qu'ils peuvent, sans excéder leurs attributions, interpréter cette volonté afin qu'elle ne se mette pas en contradiction avec elle-même, et même y suppléer dans le cas d'oubli manifeste, ce qui est bien notre cas ; la jurispru-

(1) *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 58.

dence d'ailleurs ne s'est jamais fait faute de jouer ce rôle de redresseuse de torts, notamment pour l'interprétation du fameux article 1449, et tout en l'accusant d'usurpation pour le principe, on ne s'est jamais sérieusement élevé contre cette liberté qui est peut-être une nécessité sous un régime où la loi n'est pas l'œuvre de juristes, où, par suite, certains articles anciens ne s'accordent plus avec les lois nouvelles. C'est pourquoi nous pensons que la jurisprudence pourrait, sans outrepasser ses droits et sans méconnaître le texte du Code, décider que pour la femme séparée de corps comme pour tous les incapables, le délai de prescription décennale de l'action en nullité commence le jour où l'incapacité prend définitivement fin.

Si l'on admettait cette interprétation, il faudrait également admettre qu'au cas de réconciliation des époux, la prescription se trouve interrompue, et selon la règle admise, le temps couru ne compterait pas ; la femme se trouverait dans la situation d'un mineur qui succède à un majeur qui avait dans son patrimoine une action en nullité régie par l'article 1304.

Il est bien évident que si la femme séparée de corps pleinement capable avait renoncé par contrat au bénéfice de cette action, cet acte accompli dans l'intervalle de liberté produirait tous ses effets et que l'action en nullité ne pourrait revivre.

Pour les mêmes motifs nous déciderons que l'article 2256 du Code civil ne doit pas être interprété littéralement ; il décide que dans deux cas, option à faire par la femme de la communauté, action qui réfléchirait contre le mari, la prescription est suspendue *pendant le mariage*. Evidemment la prescription commence à courir dès que la communauté est dissoute, quelle que soit la cause de la dissolution, et même s'il s'agit d'une séparation de corps ou de biens (art. 1441). Le législateur a statué *de eo quod plerum fit*, mais son intention est suffisamment claire, et nous devons décider que la prescription pourra courir contre la femme du jour où la séparation sera devenue définitive et en vertu de l'article 1561, par. 2 cette prescription courra même sur les immeubles dotaux.

CHAPITRE IV

Des effets de la réconciliation sur la capacité de la femme séparée de corps

La réconciliation des époux qui entraîne la reprise de la vie commune ne peut laisser subsister l'indépendance juridique de la femme à l'égard du mari ; autrement on aurait un mariage sans autorité maritale, ce qui serait non seulement contraire à la loi, mais encore en contradiction avec le principe de toute société. Une modification s'impose donc dans la capacité de la femme réconciliée, tant à l'égard de son mari qu'à l'égard des tiers.

Peu s'en fallut que cette question échappât entièrement à l'attention des assemblées, puisque les projets primitifs de M. Allou et du Conseil d'Etat ne lui donnaient aucune solution. Ce fut M. Griffe qui, dans les séances des 20 et 25 janvier 1887, fit remarquer cette lacune au Sénat, provoqua une discussion et fit voter un amendement qui se contentait de placer les époux réconciliés sous le régime de la séparation de biens, d'exiger, à l'égard des tiers, un acte notarié et les

mesures de publicité de l'article 1445. La Chambre le compléta en y ajoutant la nécessité de la double mention de la réconciliation en marge de l'acte de mariage et du jugement ou de l'arrêt de séparation, et l'on adopta finalement le texte suivant, devenu le paragraphe 4 de l'article 311 : « S'il y a cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux, la capacité de la femme est modifiée pour l'avenir et réglée par les dispositions de l'article 1449. Cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché avec la forme indiquée par l'article 1445, et, de plus, par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales. »

A ne lire que ce texte assez clair et impératif on aboutit aux conclusions suivantes :

1° Les époux réconciliés sont entre eux placés sous le régime de la séparation de biens du jour de la réconciliation ; la femme perd sa pleine capacité et ne garde que des pouvoirs d'administration.

2° A l'égard des tiers, cet effet ne se produit que si certaines formalités sont remplies ; si elles ne le sont pas, la femme conserve la pleine capacité de la femme séparée de corps.

Résultat satisfaisant, et qui ne soulèverait aucune difficulté si l'article 1451 n'existait pas ou avait été abrogé ; or cet article 1451 édicte que « la communauté dissoute par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties » et cela « par acte passé devant notaire et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445.

On est donc amené à se demander : « L'article 1451 est-il virtuellement abrogé par le paragraphe 4 de l'article 311 auquel cas les époux séparés de corps et réconciliés ne pourraient jamais rétablir leur régime matrimonial primitif, ou bien subsiste-t-il, ce qui leur ouvrirait une troisième option, celle de revenir au régime antérieur à la séparation ? »

M. Cabouat, le commentateur le plus autorisé en la loi de 1893, se prononce résolument pour la première alternative (1) ainsi que M. Thiénot (2), et tous deux, en regrettant qu'il en soit ainsi et qu'une disposition législative n'ait pas maintenu en vigueur

(1) « Nous avons posé en principe que le régime de la séparation de biens est le seul sous lequel puissent être placés les époux réconciliés ; en d'autres termes, nous avons interprété dans un sens impératif les textes de l'art. 3, al. 4 ». (*Explication théorique de la loi du 6 février 1893*, p. 81).

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 392.

l'article 1451, et nous avouons que la thèse de ces auteurs est extrêmement séduisante. Elle s'appuie sur le ton impératif de l'article 311 et sur ce principe couramment admis que toute loi nouvelle abroge tacitement toutes dispositions antérieures qui lui seraient contraires.

Cependant nous ne devons pas plus ici qu'ailleurs, nous contenter du texte brutal de l'article 311. L'article 1451 n'a point été abrogé et nous avons la preuve que le législateur a voulu le maintenir en vigueur. M. Griffé dans son discours au Sénat a dit : « ...si les époux voulaient même aller plus loin et faire revivre leur contrat de mariage, ils en auraient la faculté en usant de bénéfice de l'article 1451 (1). »

D'autre part, nous lisons dans le rapport Arnault : « Nous croyons que le quatrième alinéa du projet ne prive pas les époux de ce rétablissement de l'ancien régime matrimonial ; ils peuvent, au cas précédent, se placer sous le régime de la séparation de biens, cela n'est pas douteux, mais ils peuvent aussi, comme dans les autres cas, suivre la règle de l'article 1451 qui reste conçu en termes généraux et doit continuer à s'appliquer à toutes les femmes séparées (2). »

D'où nous concluons, et de nombreux auteurs se

(1) *J. off.*, Sénat, 20 janvier 1887.

(2) Chambre, Annexes, 1887, p. 438.

rangent à cet avis (1), que l'article 1451 doit survivre à la réforme de 1893.

Un jugement du tribunal de Nîmes du 30 juillet 1896 indique que la jurisprudence se fixera en ce sens : « Attendu, dit ce jugement, que la thèse soutenue au nom de la dame veuve Guibal ne saurait être admise ; qu'elle paraît avoir en sa faveur la disposition littérale de l'article prémentionné ; mais qu'il n'y a là qu'une simple apparence, et que *le texte n'a pas le sens absolu qu'on lui prête* ; qu'il ressort avec évidence des travaux préparatoires de la loi du 6 février 1893 que la prétérition de l'article 1451 est due, non à l'intention du législateur de le faire disparaître, mais au contraire à la conviction que, cette disposition de la loi civile étant sans conteste maintenue, il n'était point utile de la mentionner à nouveau (2). » Suit un résumé des débats parlementaires qui fondent cette décision, logique d'ailleurs, sur l'intention du législateur.

*
**

A la lecture des deux articles 311 et 1451 on est justement choqué de la différence des formalités exi-

(1) PLANIOL : *Droit civil* (4^e éd.), I. n° 1346.

BONNET : *Journal du Notariat*, 13 février 1893.

AUBRY et RAU : t. VII, p. 389.

(2) D. 1897, 2, 326.

gées pour l'établissement entre époux réconciliés du régime de la séparation de biens et pour le rétablissement du régime primitif ; on constate que dans le premier cas, outre l'acte notarié et l'affichage conforme à l'article 1445, la loi exige la double mention en marge de l'acte de mariage et du jugement de séparation, et la publication d'un extrait de l'acte dans l'un des journaux du département, alors que l'acte notarié et l'affichage suffisent pour rétablir le régime primitif. D'où vient cette différence ? Nous ne pensons pas qu'il faille y découvrir quelque intention profonde du législateur ; celui-ci ne s'est pas dit, comme on l'a soutenu, que le régime primitif étant celui sous lequel les tiers avaient contracté ces derniers ont un moindre intérêt à en être informés. Les dispositions propres à l'article 311 sont le résultat de l'intervention de M. Arnault ; elles tendent à opérer cette réforme devenue nécessaire qui est la constitution d'un casier civil, analogue au casier judiciaire, et sur lequel seraient inscrites toutes les modifications survenues dans l'état civil de chacun ; leur absence dans l'article 1451 signifie seulement que cet article n'est point venu en discussion devant les Chambres à ce moment, que l'on a oublié une retouche logique que l'on devra opérer un jour, et non que l'on a consciemment voulu et établi une différence que rien ne justifie.

Il est toutefois remarquable qu'en attendant la ju-

risprudence semble étendre à l'application de l'article 1451 toutes les exigences de publicité de l'article 311. Le jugement de Nîmes précité est très net sur ce point : « Attendu, dit-il, que la publicité organisée par l'article 311 (loi de 1893) est beaucoup plus ample que celle exigée par l'article 1451, et qui se réduit à la formalité illusoire de l'affiche dans l'auditoire du tribunal ; qu'il est impossible de ne point tenir compte des dispositions édictées par la loi récente ; qu'en effet, celle-ci a introduit dans notre législation ce principe, jusque-là inconnu, la capacité pleine et entière, conférée à une femme mariée, libre de ses actes et engagements, sans avoir à recourir à l'autorisation maritale ou judiciaire ; que, pour enlever aux tiers cette sécurité dans le contrat passé avec la femme, il était nécessaire que la reprise de la vie commune, par l'effet de laquelle les diminutions de capacité s'opèrent, fût portée à leur connaissance d'une manière efficace ; de là la première application du casier judiciaire civil qui a été faite par l'article 311, exigeant que l'acte de rétablissement de la vie conjugale soit mentionné : 1° en marge de l'acte de mariage ; 2° de la décision qui a prononcé la séparation, et rendu public par la voie des journaux ; — attendu que cette publicité qui est indépendante de celle prévue par les articles 1445 et 1451, doit être accomplie pour que la femme séparée de corps cesse vis-à-vis des tiers d'avoir le plein exercice de sa capacité civile d'où

il suit que c'est seulement par l'observation de la disposition nouvelle que Paul Fourcade a pu recouvrer dans ses rapports avec la dame veuve Guibal, les droits que lui confère l'autorité maritale sur les biens de sa femme... dit que la dame Fourcade ne s'est trouvée déchuë de son entière capacité civile à l'égard des tiers, que par l'accomplissement des formalités édictées par l'article 311 (1). » Dans l'espèce susvisée, il s'agissait du rétablissement du régime dotal ; tout porte à croire que la décision eût été la même, s'il se fût agi du rétablissement d'un régime de communauté.

\
*
* *

Une autre lacune de la loi consiste à n'avoir pas spécifié à quel moment s'opère, pour la femme séparée de corps réconciliée, le passage de la capacité entière à l'état de capacité limitée. Sera-ce à la date de l'acte notarié ou à celle de la publicité de l'acte ? Malgré l'avis contraire de M. Planiol (2), il semble que si l'acte notarié marque bien la date où la femme retombe sous la puissance maritale, à l'égard des tiers cet effet n'est réalisé que par l'accomplissement de toutes les formalités exigées par l'article 311, para-

(1) D. 1897, 2, 326.

(2) *Traité de droit civil* (4^e éd.), t. I, n^o 1347.

graphe 4 ; jusque-là la femme continue à jouir de la condition inhérente à la séparation (r).

Selon nous, ces formalités sont essentielles et ne peuvent être remplacées par d'autres. Si un tiers avait traité avec une femme réconciliée, dont la réconciliation n'aurait pas été publiée, et qu'il en aurait été averti par celle-ci ou qu'il l'aurait appris par tout autre moyen, il serait fondé à se prévaloir des dispositions de l'article 311 et à défendre la validité de l'acte conclu avec la femme, car il ne s'agit pas ici de savoir s'il a été trompé en fait, mais de faire respecter une loi qui a pour but de diminuer les fraudes possibles et d'écarter les questions d'espèces.

*
* *

Ces formalités concernent les rapports des époux avec les tiers. Nous ne pouvons que regretter que par une assimilation de la séparation de corps à une instance en divorce et par une extension abusive de l'article 244, la réconciliation entre époux puisse s'opérer tacitement, sans aucune publicité, en dehors de toute preuve et de tout engagement écrit. La plus grande incertitude résulte d'une telle interprétation et le désir de favoriser les rapprochements conjugaux ne justifie pas une telle négligence de formes ; c'est un peu

(1) En ce sens, AUBRY et RAU, t. VII, p. 388, 6 *ter*.

comme si on en venait à fonder le mariage sur une union de fait. De cette liberté résultent les décisions les plus bizarres ; certains arrêts ont décidé que la réconciliation ne saurait être produite par une cohabitation même prolongée, sous prétexte que cette cohabitation aurait eu lieu dans une auberge (1). Les preuves sont laissées à l'appréciation des juges, et l'on peut dire que les époux ne savent jamais, à moins que leur situation n'ait été l'objet d'une sentence judiciaire, s'ils sont ou non juridiquement réconciliés, si la séparation de corps a cessé, si avec elle est tombé l'affranchissement de la femme et si l'autorité maritale est ressuscitée. La séparation de corps, état définitif établi par un jugement, ne devrait prendre fin, même entre époux, que par un acte authentique quelconque, acte notarié ou jugement gracieux.

(1) Bruxelles, *Bel. jud.*, 66, 824.

CHAPITRE V

Rapports juridiques des époux séparée de corps

Puisque aux termes de l'article 311 la femme séparée de corps a recouvré le plein exercice de sa capacité civile, elle devrait, si l'on s'en tenait à la rigueur des termes, jouir, comme la femme divorcée, de la faculté de contracter avec son mari, et d'autre part, être déchuë de tous droits de succession sur ses biens ; la loi du 6 février 1893 n'a rien décidé à cet égard, et l'on peut se demander si les nombreux textes du Code qui prononcent entre époux une incapacité contractuelle quelconque se trouvent virtuellement abrogés, ou si, au contraire, le silence de la loi ne signifie pas que rien n'a été modifié en ce qui les concerne. En tout cas, comme le dit M. Cabouat, « la loi du 6 février 1893 eût gagné à être complétée par quelques dispositions accessoires ayant pour objet de mettre le système général du Code civil en harmonie avec la condition nouvelle faite à la femme séparée de corps (1).

Pour nous diriger, nous n'avons ici que deux points

(1) CABOUAT : *op. cit.*, p. 87.

de repère, le principe juridique généralement admis que la séparation de corps ne rompt pas le mariage et le passage du rapport de M. Arnault qui déclare formellement : « Restent en vigueur entre époux séparés toutes les dispositions de la loi qui ne sont pas relatives à la capacité. Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner la survivance de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal avec toutes ses conséquences ; nous pouvons ajouter toutes les dispositions sur le droit de succéder, sur les donations, la vente, la prescription entre époux (1). » Ce texte vise l'article 767, qui accorde à l'époux qui a obtenu la séparation de corps un droit de succession sur les biens de son conjoint, l'article 1096 qui interdit entre époux les donations irrévocables, l'article 1595 qui interdit la vente entre époux, l'article 2253 qui décide que la prescription ne court pas entre époux. Sans doute n'est-il pas limitatif, et les articles visés ne le sont qu'à titre d'exemples ; on peut penser qu'il touche également les cas oubliés, notamment ceux que la jurisprudence a ajoutés à la liste, tel que l'interdiction du contrat de société entre époux, et celui de la renonciation à l'hypothèque légale que nous avons précédemment étudié. En sorte que nous arrivons à cette conclusion que la loi de 1893 n'a pas modifié la condition juridique de la femme séparée de corps,

(1) Reproduit dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. 41, p. 346.

dans ses rapports avec son mari, en ce sens qu'elle ne peut, non plus qu'avant, contracter avec celui-ci les principaux engagements de la vie civile, vente, échange, société, donations de droit commun, renonciation à l'hypothèque légale. Ce qui confirme l'opinion plusieurs fois émise que la rédaction de l'article 311 paragraphe 3 est vicieuse, qu'il ne veut pas dire ce que ses termes disent, ou autrement que la femme séparée de corps ne jouit pas réellement de la pleine capacité civile.

A l'égard de l'article 767, paragraphe 1^{er} (loi du 9 mars 1891) nous ferons remarquer qu'il constitue une anomalie dans notre législation, et est en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi de 1893. Les débats parlementaires qui ont précédé la réforme de 1893, le rejet par la Chambre du système de M. Bardou au Sénat en 1887, le rejet final par le Sénat du projet Demôle en 1892, montrent assez que la condition juridique de la femme séparée de corps ne saurait dépendre du sens du jugement et que l'on n'a pas voulu l'étendre ou la diminuer selon que la séparation avait été prononcée pour ou contre la femme. De même l'aptitude à succéder ne doit pas constituer une récompense ni résulter d'une décision de justice ; il faut décider si la séparation de corps maintient entre les époux un lien assez solide pour justifier une dévolution de biens et adopter une solution uniforme dans toutes les hypothèses ; dire que la femme séparée de corps aura toujours vocation héréditaire

ditaire, serait le signe d'une capacité générale amoindrie par l'effet d'un moindre relâchement du lien conjugal ; décider au contraire qu'à l'instar de la femme divorcée, elle ne succèdera jamais, signifierait que l'on considère la séparation comme le préambule du divorce et que la capacité générale de la femme approche de l'indépendance. Mais de cette situation hybride créée par la loi du 9 mars 1891, on ne peut rien induire relativement à la condition juridique de la femme séparée de corps, sauf ceci peut-être, que l'aptitude successorale étant admise, en principe, le législateur considère la femme comme demeurant encore soumise à la condition matrimoniale, et par suite à toutes les nécessités inhérentes à cet état ; l'époux coupable est frappé d'indignité, pénalité terrible qui le prive d'un patrimoine auquel il aurait pu prétendre, mais il n'en garde pas moins la qualité d'époux.

Nous pensons que la réforme de ce texte est imposée par la logique, et qu'elle permettra par la fixation de rapports mieux définis entre époux, à nous éclairer sur la véritable nature de la capacité de la femme séparée, car l'héritage, qui fonde la famille, marque aussi le lien des individus.

■
* *

Ce que nous venons de dire à propos de l'article 767 s'applique également à l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 299. L'époux contre

lequel le divorce est prononcé est privé de tous les avantages que l'autre lui avait consentis, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. En va-t-il de même pour l'époux séparé de corps ? L'article 1518 du Code civil tranche la question pour le préciput et décide que seul l'époux qui a obtenu la séparation y aura droit ; d'autre part, un arrêt célèbre du 23 mai 1845 a jugé que, *a fortiori*, l'époux coupable contre lequel la séparation de corps était prononcée devait, par l'extension de l'article 299, être privé des avantages de toutes sortes, (donations, gains de survie, clauses de partage inégal de l'article 1520, dispositions testamentaires) que l'autre lui aurait faits. Cette jurisprudence était si solidement établie, qu'au moment des discussions sur le divorce et la séparation, elle a été tenue pour définitivement acquise, et a reçu ainsi une sorte de consécration légale tacite (1), si bien qu'aujourd'hui on n'en conteste plus guère la légitimité (2). Nous nous trouvons donc, selon le point de vue, en présence soit d'une pénalité frappant l'époux coupable, soit d'une faveur accordée à l'époux innocent ; dans le premier cas, le lien conjugal est maintenu solide malgré la séparation, dans le second il est quasi-rompu et le bénéfice des avantages devient une dérogation aux conséquences logiques de

(1) M. Arnault a dit : « La jurisprudence continuera à appliquer les art. 299, 1518, etc... »

(2) Cependant MM. Aubry et Rau repoussent l'extension au nom de la maxime juridique : *pœnalìa non sunt extendenda* (t. VII, p. 375, n° 32).

l'état de rupture, car il n'est pas vraisemblable qu'au moment de la constitution de ces avantages, l'époux constituant ait entendu les maintenir, même au cas de divorce ; la décision de les faire perdre aux deux époux, lorsque la séparation de corps est prononcée aux torts réciproques, semble indiquer que la caducité est la règle et la validité l'exception, ce qui laisserait entendre que, par l'effet de la séparation de corps, le lien conjugal est fortement relâché et que la condition juridique de la femme séparée de corps tend vers l'indépendance absolue, solution qui contraste avec d'autres où le mariage est mieux conservé. Mais, en vérité, nous n'aurons aucune indication valable tant qu'on voudra maintenir un système de pénalité et de récompense et que l'attribution des avantages ne sera pas réglée d'une manière uniforme, quelle que soit la culpabilité des parties.

*
* *

Quant à l'article 300, qui garantit à l'époux qui a obtenu le divorce (et par extension de la jurisprudence à celui qui a obtenu la séparation de corps) le bénéfice de ces mêmes avantages, on peut se demander si le fait de la séparation confère à l'époux bénéficiaire un droit définitif sur celles de ces libéralités qui étaient révocables *ad nutum*. Il serait, en effet, désirable que la liquidation des intérêts pécuniaires fût aussi complète que possible, et que chacune des parties fût fixée sur ses espérances ; cependant, on ne peut déclai-

rer réalisée la condition ou échu le terme, quand ce terme et cette condition sont la mort du donateur ; il faut bien attendre et dans ce cas nous ne voyons aucune raison juridique de transformer la nature du droit éventuel conféré par l'article 300 ; celui-ci a, croyons-nous, pour but de maintenir le *statu quo*, non de l'améliorer (1) ; la faculté de révocation reste entière pour les donations établies pendant le mariage, cependant, à l'égard des donations, qui n'ont pas pour terme ou pour condition la mort de ce dernier, nous croyons que la partie gagnante devrait pouvoir sommer l'autre de faire connaître ses intentions, ce qui permettrait l'attribution définitive de la chose donnée au moment de la liquidation de la communauté. Cela sans doute est contraire à l'article 1096 puisque les époux séparés de corps se feraient une donation irrévocable, mais cela est souhaitable législativement.

*
* *

Une autre difficulté surgit à propos de l'article 299 au cas de réconciliation ; celle-ci a-t-elle pour effet de faire revivre les avantages dont l'époux coupable a été déchu ? L'article 1451 qui exige une convention expresse pour le rétablissement de la communauté dissoute laisse croire que la réconciliation n'aurait effet que pour les rapports personnels des époux et non

(1) En ce sens, BRESSOLES : *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1884-1885, t. 33, p. 224.

pour leurs rapports pécuniaires. On a proposé de distinguer entre les libéralités faites par contrat de mariage et celles qui résultent d'une convention postérieure ; les premières revivraient spontanément ; les secondes devraient être confirmées ; il nous semble que dans le silence de la loi on peut interpréter la séparation de corps et la séparation de biens qui l'a suivie comme ayant opéré une liquidation définitive des droits de chacun, et par conséquent que le contrat notarié de réconciliation devra porter mention des avantages que les conjoints entendent faire revivre. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 décembre 1893 décide que « l'article 1451 du Code civil qui s'applique à tous les régimes matrimoniaux, a subordonné le rétablissement du régime dissous par la séparation de corps à un consentement des deux époux qui ne peut être formulé que dans un acte notarié dressé en minute et affiché, lequel doit *remettre en vigueur toutes les conditions qui réglaient antérieurement les intérêts des époux* (1) ». Sans doute, cet arrêt statuait sur le cas d'une réconciliation de fait ; néanmoins les termes qu'il emploie nous autorisent à croire que la décision eût été identique si la réconciliation avait été constatée dans un acte notarié, mais sans porter mention de la donation de 10,000 francs que le mari avait faite à sa femme.

(1) *Pand. franc.*, 1895, I, 120.

CHAPITRE VI

Condition juridique de la femme séparée de corps en droit international privé

Les difficultés que nous venons d'examiner ne peuvent qu'être augmentées lorsqu'elles se compliquent de toutes les incertitudes du droit international privé ; à peine peut-on dire que le droit international existe en tant que droit et que science, tellement les sources en sont arbitraires, illogiques, et souvent contradictoires ; le droit n'existe que là où existe une autorité qui dise le droit, or il n'y a point d'autorité internationale reconnue en état de légiférer sur les rapports des citoyens appartenant à des nations différentes ; de là une série de problèmes juridiquement insolubles, c'est-à-dire dont la solution, en l'absence de traités internationaux précis, dépend des conceptions particulières des juges appelés à les trancher.

Nous n'aurons pas ici à nous occuper de ce bloc de difficultés soulevées par la question de savoir quels tribunaux seront compétents pour prononcer la sépa-

ration de corps entre époux étrangers en France ou entre époux français à l'étranger, pour quelles causes la séparation de corps des étrangers sera admise, si leur séparation pourra être convertie en divorce, conformément à l'article 310 de notre Code civil ; nous n'aurons même pas à étudier la convention de La Haye du 12 juin 1902 qui ne règle que des questions de compétence et de causes de divorce et de séparation ; nous nous contenterons d'examiner le cas d'une femme séparée de corps, femme étrangère en France ou française à l'étranger, dont la séparation est censée valable, et de nous demander : quelle est la capacité de cette femme séparée ? L'article 311 par. 3 lui est-il applicable ? Peut-elle disposer librement de ses biens, ester en justice ? La séparation de corps entraîne-t-elle pour elle la séparation de biens ? La séparation de corps remonte-t-elle pour elle au jour de la demande ? La solution que nous adopterons découlera nécessairement de la réponse que nous ferons à cette question : quel statut doit-on appliquer à la femme étrangère ?

Nous nous trouvons alors en présence de deux grands systèmes : celui des pays anglo-saxons qui applique aux étrangers la loi du domicile ; celui des autres pays qui leur applique leur loi nationale. Entre ces deux systèmes notre hésitation ne sera pas longue ; les inconvénients pratiques du premier sont tels que nous ne l'expliquons que, soit par une survivance de traditions féodales, soit par l'orgueil d'un peuple ja-

loux de sa souveraineté ou par la paresse du juge d'étudier une loi étrangère ; le premier devoir de celui qui édifie le droit est d'unifier la condition juridique de ceux auxquels ce droit sera appliqué, or l'application de la loi du domicile entraîne cette conséquence que des gens régulièrement divorcés et remariés aux Etats-Unis peuvent être considérés comme bigames dans leur pays d'origine ; il semble donc plus rationnel de faire aux étrangers l'application la plus large de leur loi nationale, non seulement pour ne pas les exposer aux inconvénients que nous venons de signaler, mais aussi parce que cette loi est certainement celle qui leur convient le mieux et qui doit leur causer la moindre violence. Cette dernière théorie est admise et appliquée par la jurisprudence d'un grand nombre de pays, notamment en France, en Belgique, en Suisse, en Italie, en Grèce ; nous nous y rangerons donc, et cela d'autant plus volontiers que, comme le remarquent MM. Despagnet et de Boeck, les jurisconsultes d'Angleterre et des Etats-Unis semblent évoluer en ce sens et « qu'ils en viennent à reconnaître l'influence d'un véritable droit international qui commande de faire céder la loi territoriale devant celle d'un autre pays (1) ».

(1) DESPAGNET et DE BOECK : *Droit international privé* (5^e éd.), p. 318.

Ce principe admis, il reste à en faire l'application aux deux grandes hypothèses dans lesquelles il peut s'appliquer, celle d'une Française séparée de corps à l'étranger et celle d'une étrangère séparée de corps en France ; nous devons examiner le cas où deux époux sont de nationalité différente et nous demander si le principe contraire qui veut que les lois intéressant l'ordre public s'appliquent aux étrangers peut intervenir en cette matière.

*
* *

La première hypothèse, celle de la femme française séparée de corps à l'étranger ne présente pas de difficulté sérieuse. Il est admis que la séparation prononcée par un tribunal étranger est valable en France (1), qu'elle peut être en France convertie en divorce (2), mais c'est à cela que se borne l'intervention de la loi étrangère ; la loi française règlera la capacité de la femme conformément aux articles 3 par. 3 et 311 par. 2 et 3 du Code civil. Nous avons ici des textes assez précis pour écarter le doute. Il en résulte que la séparation de corps comportera toujours séparation de biens même si le régime matrimonial des époux n'est pas régi par la loi française, car, ainsi que le font ob-

(1) Clermont, 27 février 1903 (Clunet, 1903, p. 834).

(2) Seine, 20 juillet 1920 (Clunet, 1920, p. 668).

server MM. Aubry et Rau (1), la pleine capacité civile reconnue par la loi du 6 février 1893 à la femme séparée, ne saurait se réaliser en dehors de la séparation de biens.

Quelques points cependant restent controversés.

On peut se demander à partir de quelle date la femme pourra être considérée comme définitivement séparée car les délais d'appel ou de pourvoi varient selon les pays, et puisqu'on a admis le *jus fori* pour le prononcé de la séparation, il semble qu'on devrait l'admettre jusqu'au bout, et décider que la séparation sera valable du jour où la loi étrangère la fait partir ; nous pensons que, par application du statut personnel, il convient de reculer cette date au jour où le jugement est devenu définitif à l'étranger, car il ne s'agit plus là d'une simple loi de procédure, mais bien de régler en France les effets d'un jugement rendu à l'étranger et rien n'oblige à se référer à la loi étrangère.

Puisque la séparation de corps prononcée à l'étranger emporte séparation de biens, devra-t-on décider que conformément à l'article 1445 par. 2, le jugement remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande, si ces époux en se mariant ont adopté un régime matrimonial étranger ? MM. Aubry et Rau pensent que la rétroactivité de la dissolution de la commu-

(1) AUBRY et RAU (5^e éd.), t. VII, p. 403.

nauté, ainsi d'ailleurs que la déchéance des avantages matrimoniaux dépendent de la loi qui gouverne le régime matrimonial des époux (1). Cette opinion qui rejette l'application pure et simple du statut personnel, en arguant qu'il ne s'agit ici que de la réglementation d'intérêts pécuniaires, ne nous paraît pas s'imposer invinciblement ; indépendamment des raisons générales qu'il y aurait de rattacher le régime des biens comme celui des successions, au statut personnel national des parties, nous pensons que l'on doit tenir le plus grand compte de cette ébauche de législation internationale qu'est la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, où il est spécifié que, « en l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi du mari au moment de la célébration du mariage. » (Art. 2), « que la validité intrinsèque du contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage », (art. 5) et que c'est « la même loi qui décide si et dans quelle mesure les époux ont la liberté de se référer à une autre loi » (art. 5. par. 2). Nous voyons dans les termes de cet accord une volonté consciente de faire prévaloir la loi personnelle sur celle du domicile, et nous en concluons que l'article 1445 par. 2 s'appli-

(1) AUBRY et RAU (5^e éd.), t. VIII, p. 418.

quera aux séparations de biens prononcées en pays étranger, à moins qu'ils n'aient expressément déclaré renoncer au bénéfice de la loi française, le seul fait d'avoir fait rédiger un contrat de mariage par un officier public étranger dans la forme étrangère ne pouvant laisser présumer une telle volonté.

En cas de réconciliation, nous adopterons une solution analogue. La réconciliation sera opérée conformément à l'article 311 par. 4, sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit, ce qui signifie d'une part qu'à l'égard des tiers certaines mesures de publicité doivent être prises, mais que ces mesures de publicité peuvent être celles en usage dans le pays étranger, étant bien évident que l'on ne saurait exiger mention en marge d'un acte de mariage célébré à l'étranger, d'autre part que la femme réconciliée restera sous le régime de la séparation de biens aussi longtemps qu'elle n'y aura pas renoncé dans les conditions posées par l'article 1451.

*
* *

Pour la seconde hypothèse, celle de la femme étrangère en France, nous rencontrons des difficultés peut-être plus nombreuses, mais nous avons pour nous éclairer une jurisprudence plus abondante et sans doute mieux assise. Par un argument *a contrario* tiré de l'article 3 par. 3, nous admettons que les étran-

gers, pour tout ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, sont régis en France par leur loi nationale (1), et sur le point précis que nous traitons, il a été spécialement jugé que « l'extension apportée par la loi du 6 février 1893 à la capacité de la femme séparée de corps est spéciale à la femme française et ne peut être étendue à la femme étrangère même séparée par la justice française, si son statut personnel ne lui accorde pas la même émancipation (2) ». Ce jugement est d'autant plus probant qu'il s'agissait en l'espèce d'une femme française d'origine et devenue italienne par son mariage avec un Italien, et qu'à ce titre on aurait pu soutenir que la loi française lui était applicable. Cette jurisprudence tend à se généraliser ; des jugements plus récents ont décidé que la séparation de corps entre Espagnols n'entraîne pas la séparation de biens (3), que la conversion de la séparation en divorce est devenue possible en France entre Cubains depuis que la loi cubaine du 29 juillet 1918 a admis le divorce (4). Elle s'oppose donc à la théorie américaine qui veut que l'on applique aux parties la loi du domi-

(1) V. Seine, 6 août 1878. *Gaz. trib.*, 25 septembre 1878 : « La capacité des femmes mariées pour l'exercice de leurs droits est réglée par leur statut personnel. »

(2) Seine, 5 avril 1895. CLUNET, 1895, p. 606 et *Le Droit*, 27 avril 1895.

(3) Seine, 13 février 1908. CLUNET, 1908, p. 832.

(4) Seine, 28 janvier 1919. CLUNET, 1919, p. 351.

cile ; elle marque un respect de plus en plus observé de la loi nationale de ceux qui recourent à la justice française. Sans doute les étrangers peuvent-ils, en tout état de cause, opposer l'incompétence des tribunaux français (1) et, bien qu'ils ne puissent s'opposer aux mesures provisoires urgentes (2), restent-ils libres de ne pas subir la décision d'un pouvoir judiciaire étranger, mais, dès qu'ils l'acceptent, ils sont censés se présenter devant leurs propres tribunaux et ne peuvent invoquer d'autre loi que leur loi nationale.

L'extrême variété des législations étrangères détermine donc, avec le principe que nous adoptons, une extrême variété de conséquences. Nous en rapporterons les principales :

L'article 311 est inapplicable aux nationaux des pays qui n'admettent que le divorce (3).

A l'égard de ceux qui n'admettent que la séparation de corps (4) ou qui admettent concurremment la séparation de corps et le divorce (5), l'article 311 leur

(1) CLUNET, 1898, p. 131.

(2) Cass. Req., 26 décembre 1917. CLUNET, 1918, p. 714.

(3) Grèce, Indes anglaises, Japon, Pays musulmans, Roumanie, Russie, Pays scandinaves, Chine.

(4) République argentine, Brésil, Canada, Chili, Espagne, Italie, Malte, Mexique, Pérou, Pologne, Portugal, Uruguay, Vénézuëla.

(5) Autriche, Hongrie, Belgique, Grande-Bretagne, Guatémala, Luxembourg, Monaco, Pays-Bas, Serbie, Allemagne, Suisse.

est également inapplicable puisqu'il ne s'appliquerait que dans la mesure où la législation étrangère contiendrait des dispositions analogues. Les juges français devront donc tenir compte des particularités suivantes (1) :

a) La femme anglaise séparée jouira de la pleine capacité pour cette seule raison qu'elle en jouit même lorsqu'elle est mariée ;

b) En Argentine la femme séparée de corps peut faire seule tous les actes de la vie civile ;

c) Au Brésil la séparation de corps entraîne une séparation de biens qui subsiste après la réconciliation ;

d) Au Chili la femme séparée de corps administre ses biens mais n'en dispose pas ;

e) En Espagne le mari innocent conserve l'administration des biens ;

f) Au Mexique la femme séparée de corps recouvre la disposition de ses biens à moins que la séparation de corps (*divorcio*) n'ait été prononcée contre elle ;

g) En Pologne existent deux séparations : 1° une séparation provisoire qui n'entraîne aucune conséquence ; 2° une séparation définitive qui annule le mariage ;

h) Au Portugal la séparation de corps entraîne la sé-

(1) Cf. LAURENT-BAILLY. *Le Divorce et la Séparation de corps en France et des étrangers en France*. Paris, 1910.

paration de biens comme en cas de dissolution du mariage sauf en cas d'adultère de la femme ;

i) Au Vénézuëla, si la femme est coupable le mari peut conserver l'administration des biens communs en fournissant une pension alimentaire ;

j) En Italie la femme ne recouvre sa capacité que si elle a obtenu la séparation de corps ;

k) Dans l'île de Malte la femme qui a obtenu la séparation peut ester en justice et disposer de ses biens sans l'autorisation maritale.

C'est en conformité et par extension de ces principes qu'il a été jugé que l'hypothèque légale, institution de pur droit civil, ne saurait être accordée à la femme étrangère (1), décision applicable même au cas où la femme, française d'origine, n'est devenue étrangère que par son mariage (2), qu'un jugement de séparation de corps prononcé entre Espagnols n'entraîne pas *de plano* la séparation de biens (3), que les séparations prononcées conformément au droit rabbinique ne comportent pas non plus de séparation de biens (4).

Mais conformément à ces mêmes principes nous devons critiquer certains jugements qui ont méconnu

(1) Bordeaux, 14 juillet 1845. D. 46, 2, 163.

Alger, 25 mars 1895. D. 96, 2, 381.

Chambéry, 10 juillet 1900. D. 1902, 2, 418.

(2) Civ. 2, 4 mars 1884. D. 84, 1, 205.

(3) Seine, 13 février 1908, CLUNET, 1908, p. 832.

(4) CLUNET, 1890, p. 299.

le statut personnel des époux ou de la femme. Le tribunal de Marseille a refusé de prononcer une séparation de corps par consentement mutuel entre Italiens (1), sous prétexte d'ordre public, alors que la loi italienne admet cette cause de séparation. De même, lorsque les époux sont de nationalités différentes, la jurisprudence tend à leur appliquer la loi française ; ces décisions, de nature sans doute à trancher une difficulté par la voie la plus rapide et la plus simple, ne sont point juridiquement satisfaisantes ; elles éludent le problème plutôt qu'elles ne le résolvent ; elles procèdent de la théorie anglo-saxonne par la préférence qu'elles accordent à la *lex fori* ; nous pouvons donc les considérer comme des erreurs momentanées dues aux incertitudes du droit international.

Une affaire récente a mis en lumière toutes les difficultés de la question (2). Une Française, M^{me} Gensoul, avait acquis en 1893 la nationalité italienne par son mariage avec le comte de Ferrari. En 1899 le tribunal civil de Gênes prononçait entre eux la séparation de corps par consentement mutuel, conformément à la loi italienne. En 1913, M^{me} Gensoul, qui résidait en France, obtenait, par une application des articles 18 et 19 du Code civil, que nous considérons comme abusive, d'être réintégrée dans sa qualité de Française ; puis elle demanda que, conformément à la loi du 6

(1) Marseille, 21 février 1902. CLUNET, 1904, p. 188.

(2) D. 1922, 1, 137.

juin 1908, sa séparation de corps fut convertie en divorce. Le tribunal civil et la cour d'appel de Lyon lui donnèrent gain de cause, ce qui ne peut juridiquement s'expliquer. La Chambre civile de la Cour de Cassation l'a bien reconnu, puisqu'elle a cassé l'arrêt de la Cour de Lyon, mais elle ne s'est appuyée que sur le motif que la loi française ne reconnaît pas le divorce par consentement mutuel, alors qu'il eût suffi de déclarer mal fondée la demande de M^{me} Gensoul, parce qu'ayant épousé un Italien elle relevait de la loi italienne qui n'admet pas le divorce.

Bien que ces espèces ne rentrent pas à proprement parler dans le cadre de notre étude, nous les avons mentionnées et critiquées, parce que ce sont les mêmes principes qui servent à trancher les difficultés qu'elles soulèvent et celles que présente la capacité de la femme séparée. Avant tout il convient de s'accorder sur le statut que l'on appliquera à la femme en toute hypothèse. Dans la plupart des cas on ne se trompera pas et l'on ne rencontrera aucune difficulté en adoptant le principe suivant : la capacité de la femme séparée de corps est déterminée par la loi nationale des époux. S'il y a eu un contrat réglant le régime des biens, on devra toujours se reporter à la loi du jour du mariage. Cependant il existe un cas où la solution du problème n'apparaît pas aussi clairement, c'est celui où les deux époux n'ont pas la même nationalité. On sait que pour éviter l'*heimathlosat*, l'article 19 de

notre code civil conserve la nationalité française à la Française qui épouse un étranger quand son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari. Que décider en pareil cas ? La loi du 6 février 1893 lui sera-t-elle applicable ? Jouira-t-elle, en cas de séparation de corps de la pleine capacité civile ? La doctrine et la jurisprudence demeurent également silencieuses sur ce point. Et pourtant, l'hypothèse, si elle n'est pas absolument chimérique, mérite d'être examinée. A notre sens, le privilège de l'article 19 n'a point pour but et pour effet d'affranchir la femme des obligations du mariage, dont la principale est la reconnaissance de l'autorité maritale. La condition juridique de la femme mariée ne peut qu'être réglée par la loi du mari, sous peine d'en arriver à soumettre le mari à la loi de la femme ; c'est pourquoi nous pensons que la qualité de Française ne dispense pas la femme séparée de corps de relever, quant à sa capacité durant le mariage, de la loi étrangère qui est celle de son mari. Du moins, l'adoption de cette théorie, nous semble-t-elle de nature à apporter dans toutes les questions de ce genre une certaine unité de solutions, sans que pour cela les principes juridiques essentiels soient méconnus. La femme, pour tout ce qui regarde sa capacité, se verra appliquer la loi nationale de son mari ; c'est le plus simple. On ne saurait nous objecter que nous

méconnaissons le principe de l'ordre public, dont les exigences ne nous échappent point ; car nous croyons que, dans toutes ces hypothèses où il ne s'agit, en somme, que de la plus ou moins grande extension des pouvoirs propres de la femme séparée de corps, la question ne se pose pas.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette brève étude sur la condition juridique de la femme séparée de corps, nous ne sommes pas en mesure d'aboutir à une conclusion rigoureusement satisfaisante. Sans doute, de l'examen des débats parlementaires, des nécessités logiques engendrées par le principe généralement admis que la séparation de corps ne rompt pas le lien matrimonial, ne dissout pas le mariage, permet la réconciliation des époux sans formalités solennelles, de ce point assez solidement établi que la séparation de corps laisse subsister le régime dotal, nous avons pu conclure, et c'est là l'essentiel, que l'expression « plein exercice de sa capacité civile » appliquée à la femme séparée de corps par le nouvel article 311 du Code civil, sont loin de signifier ce qu'une lecture superficielle laisserait entendre, que cette phrase défectueusement rédigée voulait dire simplement que la femme séparée de corps serait affranchie de la nécessité de recourir à l'autorisation maritale dans toutes les circonstances où le Code

y contraint la femme mariée. Ce résultat est loin d'être satisfaisant, car nous avons d'autre part constaté une tendance très nette d'étendre de plus en plus la capacité de la femme séparée de corps jusqu'à l'extrême limite compatible avec le lien matrimonial, si tant que l'esprit moderne ne songe point à la dépasser ; on veut que la séparation de corps soit le préambule du divorce. C'est vouloir qu'une chose soit et qu'elle ne soit pas, que la séparation de corps ne diffère pas du divorce que de nom, et nous reconnaissons que pour tous les partisans de cette manière de voir, la condition juridique de la femme séparée de corps ne saurait être exactement définie ; c'est même cette impossibilité, jointe à l'absurdité d'imaginer une institution devenue inutile en tant qu'elle se confond avec une autre, qui nous a fait admettre dans la plupart des difficultés, l'interprétation la plus restreinte, celle qui maintient la femme dans le cadre du mariage et du contrat de mariage.

Un des principaux objets de notre étude aura été de montrer que l'autorisation maritale, utile et nécessaire tant que dure effectivement l'association conjugale et la vie commune, cesse d'être indispensable dès qu'une cause sérieuse rend cette vie commune impossible, que la séparation de biens accessoire ne la comporte plus. Est-ce à dire que la même solution devrait être adoptée dans le cas de la séparation de biens principale ? Nous pensons qu'on y viendra, surtout dans

le cas de séparation judiciaire où le désaccord des époux ne peut avoir pour cause que la mauvaise gestion du mari. Quant à la séparation de biens contractuelle, les mêmes raisons n'existent pas d'y supprimer l'autorisation maritale, le mari n'étant point suspect d'incapacité.

Nous nous sommes appliqués à relever les principales lacunes du code touchant la condition juridique de la femme séparée de corps ; elles sont assez nombreuses, qu'il s'agisse de l'hypothèque légale de la femme mariée, de la prescription des actions en nullité, du désaccord des articles 311 et 1451, des rapports juridiques des époux séparés, de ceux des époux réconciliés. Une refonte des textes visés nous semble indispensable si l'on veut sortir de l'incohérence des décisions de tribunaux réduits à juger chaque fois en équité selon les circonstances. On a l'impression que, dans l'état actuel de notre législation, la femme séparée de corps ne jouit pas d'une condition juridique certaine ; c'est peut-être que le problème de l'institution de la séparation de corps n'a jamais été examiné à fond ; pour ménager diverses susceptibilités le législateur a fait preuve de timidité ; il a voulu satisfaire tout le monde, laissant à d'autres le soin de retoucher son œuvre quand une autre opinion publique réclamera autre chose. Pour nous qui voudrions affranchir le droit de ces caprices de l'opinion, nous souhaiterions qu'un groupe de philosophes et de jurisconsultes

tes formulât un avis rationnel sur la séparation de corps, sur le maintien ou la suppression de l'institution dans nos lois ; dans l'hypothèse du maintien on pourrait alors établir sur quelques principes clairs une théorie de la condition juridique de la femme séparée de corps. Jusque-là il faut se contenter de solutions empiriques qui ne s'imposent point.

Lu et approuvé :

Paris, le 17 Janvier 1923.

Vu : Le Président de la Thèse,

BARTIN.

Vu : Le Doyen,

BERTHÉLÉMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

De la condition juridique de la femme séparée de corps

INTRODUCTION. — <i>Position de la question et principes généraux qui semblent se dégager des débats parlementaires.</i>	5-19
CHAPITRE PREMIER. — <i>De la rétroactivité du jugement de séparation de corps et du point de départ de la capacité de la femme séparée.</i>	20-30
L'article 1445 par. 2 est-il applicable à la femme séparée de corps.....	26
Argument tiré de l'article 252 par. 5.	25
Que faut-il entendre par jour de la demande ?.....	26 (note)
A partir de quelle date la femme recouvre-t-elle la pleine capacité à l'égard des tiers ?.....	27
CHAPITRE II. — <i>Effets de la séparation de corps sur les actes relatifs à la personne.</i>	31-39
1° Domicile de la femme séparée de corps	32

2° Du droit de faire le commerce.....	33
3° Reprise par chaque époux de son nom personnel.....	34
4° Contrats qui engagent particuliè- rement la femme.....	35
5° De la surveillance des lettres missi- ves	37
6° Du changement de nationalité.....	37
CHAPITRE III. — <i>Effets de la séparation de de corps sur la disposition des biens....</i>	
Principes généraux.....	40-43
I. — De l'inaliénabilité de la dot dans la séparation de corps.....	43-56
La question a été tranchée par les dé- bats parlementaires.....	46
Quid des articles 1555, 1556, 1558 du code civil ?.....	51
II. — De l'hypothèque légale de la femme séparée de corps.....	56-67
1° La femme séparée de corps doit- elle faire inscrire son hypothèque légale dans l'année qui suit le jour où la séparation de corps est devenue définitive ?.....	57
2° La femme séparée de corps peut-elle renoncer en totalité ou en partie à son hypothèque légale sans autorisa- tion maritale et sans l'accomplisse-	

ment des formalités des art. 2144, 2145 ?.....	59
III. — De la prescription des actions en nullité et de la suspension de prescription de l'article 2256.....	68-73
Insuffisance de l'article 1304.....	69
CHAPITRE IV. — <i>Des effets de la réconcilia- tion sur la capacité de la femme séparée de corps</i>	74-83
Désaccord des articles 311 et 1451....	75
Les époux peuvent-ils faire revivre leur contrat primitif ?.....	76
Les formalités de l'article 311 sont- elles exigibles dans le cas de l'ar- ticle 1451 ?.....	78
A quel moment s'opère pour la femme réconciliée le passage de la capacité limitée ?.....	81
Danger des réconciliations occultes..	82
CHAPITRE V. — <i>Rapports juridiques des époux séparés de corps</i>	84-92
Lacune de la loi du 6 février 1893 à cet égard.....	84
Il semble que la loi du 6 février 1893 n'a pas modifié les rapports juridi- ques des époux.....	84
Anomalie de l'article 767 par. 1.....	86

<i>Idem</i> pour l'article 299.....	87
L'article 300 confère-t-il à l'époux qui a obtenu la séparation un droit défi- nitif sur les avantages révocables <i>ad</i> <i>nutum</i> ?.....	89
La réconciliation fait-elle revivre <i>ipso</i> <i>facto</i> les avantages dont l'époux cou- pable a été déchu ?.....	90
CHAPITRE VI. — <i>La condition juridique de</i> <i>la femme séparée de corps en droit in-</i> <i>ternational privé</i>	93-106
CONCLUSION	106-110



